

Gründungsgenossenschaft und Gründungs-GmbH

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Assessor Hans-Peter Kempermann
aus Witten/Ruhr

Münster 1968

1969

Gründungsgenossenschaft und Gründungs-GmbH

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster



vorgelegt von
Assessor Hans-Peter Kempermann
aus Witten/Ruhr

Münster 1968



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Harry Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Rudolf Lukes

Dekan: Prof. Dr. Helmut Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 10 Februar 1969

Gliederung

	Seite
I. <u>Einleitung</u>	1
II. <u>Problematik</u>	2
1. Genossenschaft und GmbH zwischen Errichtung und Eintragung.	2
2. Die Bezeichnung der Gründungsgesellschaft	4
3. Der Unterschied zwischen GmbH und Genossenschaft.	6
III. <u>Der Stand der verschiedenen Meinungen zur Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft.</u>	7
1. Die Gesellschafts-, die Vereins- und die OHG-Theorie.	7
2. Die Sonderrechtstheorie des BGH.	11
IV. <u>Die Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft und die auf sie anzuwendenden Rechtsnormen.</u>	14
Die Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft.	14
1.) Das Wesen der Genossenschaft und der GmbH.	14
a.) Der körperschaftliche Aufbau.	14
b.) Die Satzung als Grundgesetz der Vereinigung.	14
2.) Das Wesen der Gründungsgenossenschaft und der Gründungs-GmbH.	15
a.) Das Inkrafttreten der Satzung.	15
b.) Gründungsgenossenschaft und Gründungs-GmbH als Körperschaften.	17
aa.) Die Definition des Körperschaftsbegriffs.	17
bb.) Der körperschaftliche Aufbau	22
(1.) bei der Gründungsgenossenschaft,	22
(2.) bei der Gründungs-GmbH.	26
cc.) Die Gründungsgesellschaft als Dauervereinigung.	27

	Seite
(1.) Die Identitätstheorie	27
(2.) Die Kritik Brodmann's und Horn's.	29
(3.) Die Auffassung Reinecke's und v. Bismarck's:	33
(a.) Reinecke	33
(b.) v. Bismarck	35
dd.) Die Unabhängigkeit vom Mitglie- derwechsel:	36
(1.) bei der Gründungsgenossen- schaft,	37
(2.) bei der Gründungs-GmbH	38
ee.) Gesamtname und gemeinsamer Zweck.	42
c.) Zusammenfassung	43
3.) Die auf die Gründungsgesellschaft anzuwendenden Rechtsnormen.	43
<u>V. Die Bedeutung der Registereintragung.</u>	44
1. Konstitutive und deklaratorische Wirkung der Eintragung.	45
2. Die Eintragung als konstitutiver Staats- akt.	45
3. Die Eintragung als deklaratorischer Staatsakt.	46
4. Bedenken gegen die konstitutiv-deklara- torische Eintragung.	47
1.) Die Vereinbarkeit mit dem GmbH- und GenG.	47
2.) Die Literatur.	47
a.) v. Gierke	48
b.) Rieß	50
c.) Die Vertreter der h.M.	52
d.) Waldecker, Deumer und Feine	51
e.) Zusammenfassung	51
5. Die Bedeutung des deklaratorischen Elementes der Eintragung.	52
1.) Die Wirkung des deklaratorischen Eintragungselementes.	52

2.) Deklaratorische Elemente bei anderen konstitutiven Eintragungen.	57
3.) Das deklaratorische Element bei Ausbleiben der Eintragung.	58
4.) Zusammenfassung.	59

VI. Auseinandersetzung mit den vertretenen Meinungen.

1. Die Gesellschaftstheorie.	60
2. Die Vereinstheorie.	62
3. Die OHG-Theorie.	67
4. Die Sonderrechtstheorie des BGH.	75

VII. Die Sonderrechtstheorie anhand des Gen- und des GmbH-Gesetzes.

1. Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit	81
1.) Rechtsfähigkeit	81
2.) Parteifähigkeit	82
2. Konkursfähigkeit und Konkursverfahren	83
1.) Konkursfähigkeit	83
2.) Konkursverfahren	84
3. Vertretungsmacht und Kapitalausstattungsgrundsatz.	85
1.) Überblick über die verschiedenen Meinungen	85
a.) Die h.M.	85
b.) Die Ansicht Feines und der übrigen Autoren.	86
2.) Das Handeln im Namen der zukünftigen juristischen Person und im Namen der Gründungsgesellschaft.	87
a.) Das Handeln im Namen der zukünftigen juristischen Person.	88
aa.) Die Gründungs-AG	88
bb.) Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen	89
(1.) Die Gründungs-GmbH	89
(2.) Die Gründungs-Gen	93
b.) Das Handeln im Namen der Gründungsgesellschaft.	96

4. Die Haftung der Gründungsgesellschaft bzw. ihrer Mitglieder.	100
5. Kaufmannseigenschaft, Bücher und Bilanzen.	103
1.) Kaufmannseigenschaft	103
2.) Bücher und Bilanzen	106
6. Die Liquidation.	106
1.) Die Liquidatoren.	106
2.) Das Liquidationsverfahren.	111
3.) Nichtigkeitsklage, Auflösungs- gründe und Auflösungsklage.	112
7. Gesellschafter- und Generalversammlung.	115
8. Der Geschäftsanteil der Gründungs-GmbH.	116
9. Geschäftsanteil und Haftsumme bei der Gründungsgenossenschaft.	120
10. Austritt und Kündigung bei der Gründungs- genossenschaft.	121
11. Die genossenschaftliche Prüfungspflicht.	123
12. Verschmelzung und Umwandlung der Genossen- schaft.	124
13. Die Schlußbestimmungen des GenG.	124
14. Zusammenfassung.	124

Literaturverzeichnis

- Baritsch, Hans: Die Rechtslage der GmbH vor ihrer Eintragung in das Handelsregister, Diss. Hamburg 1940.
- Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch, 17. Aufl., München und Berlin 1966.
- Baumbach-Hueck: Aktiengesetz, 12. Aufl., München und Berlin 1965.
- Baumbach-Hueck: GmbH-Gesetz, 12. Aufl., München und Berlin 1966.
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München und Berlin 1966.
- Baur, Fritz: Der Konkurs der Vorgesellschaft, DRZ 1950, 9.
- Baur, Fritz: Zur gegenwärtigen Lage des Insolvenzrechtes, JZ 1951, 209.
- Bayer, Wilhelm: Rechtsnatur und Rechtsstellung der Gründungsvereinigung der AG und GmbH, Diss. München 1949.
- Bayer, Wilhelm: Haupt- und Gesellschafterversammlungen vor Eintragung der AG und der GmbH in das Handelsregister, JZ 1952, 551.
- Bernauer, Wilhelm: Die Genossenschaft vor der Eintragung und nach der Auflösung, Diss. Gießen 1922.
- v. Bismarck,
Wolf-Rüdiger: Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Gründungs-GmbH, Diss. Kiel 1963.
- Böhle-Stamschräder: Konkursordnung, 8. Aufl., München und Berlin 1966.
- Boehmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band II, Teil 2, Tübingen 1952.
- Breitbach, Richard: Nicht rechtsfähige Vereine und Körperschaften, 44. Heft der "Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts", 1930.
- Brodmann, Erich: Aktienrecht, Berlin-Leipzig 1928

- Brodmann, Erich: Kommentar zum GmbH-Gesetz, Berlin-Leipzig 1930.
- Cosack, Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., Stuttgart 1930; 4. Aufl., Stuttgart 1898.
- Danz: Die Haftung der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins mit ihrem Vermögen, DJZ 1907, 376.
- Deeg, Peter: Die Haftung bei nicht eingetragener GmbH, BB 1950, 720.
- Denecke, Johannes: Zur Haftung des nicht rechtsfähigen Vereins, JR 1951, 742.
- Deumer, Robert: Das Recht der eingetragenen Genossenschaften, München und Leipzig 1912.
- Diederich, Karl-Georg: Die Haftung aus der Gründung einer GmbH, Diss. Rostock 1929.
- Dilcher, Gerhard: Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft JuS 1966, 89.
- Dregger, Alfred: Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft. Die Rechtswirkung der für AG, GmbH, Genossenschaft und Verein vor der Registereintragung vorgenommenen Rechtshandlungen, Diss. Köln 1951.
- Dregger, Alfred: Haftung des Gesellschafters einer am Geschäftsverkehr teilnehmenden Vor-GmbH, GmbHRdsch 1952, 185.
- Dreßler, Carl: Die Rechtsgeschäfte der Kapitalgesellschaft vor der Eintragung, Diss. Köln 1927.
- Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, II. Band, 1. Teil, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932; III. Band, 1. Teil Mannheim-Berlin-Leipzig, 1934.
- Ehrenberg, Viktor: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band I, Leipzig 1913.

- Ehrenberg, Viktor: Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, IherJ 47, 273.
- Ellinghaus, Wilhelm: Genossenschaftsgesetz, Bad Harzburg 1950.
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Erman, Walther: Handkommentar zum BGB, Band I, 4. Aufl., Münster 1967.
- Feine, Hans-Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, Abtlg. 3, Leipzig 1929.
- Fischer, Rudolf: Die Aktiengesellschaft, in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, Abtlg. 1., Leipzig 1916.
- Gadow, Wilhelm: Der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechtsverhältnisse, IherJ 87, 248.
- Gadow-Heinichen: Großkommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1961 - 1965.
- Gaerths, Ernst: Die Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft, Diss. Göttingen 1933.
- Ganßmüller, Helmut: Die werbende Vor-GmbH, GmbHRdsch 1953, 116.
- Ganßmüller, Helmut: Die Vorgesellschaft auf mangelhafter Grundlage, Betrieb 1955, 713.
- Ganßmüller, Helmut: Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaften, NJW 1956, 1186.
- Ganßmüller, Helmut: Zum Recht der Vor-GmbH, insbesondere im Falle ihrer Liquidation GmbHRdsch 1963, 101.
- Geiler, Karl: Verein und Gesellschaft, LZ 1911, 505.
- v. Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
- v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1895.
- v. Gierke, Otto: Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., Berlin 1902.

- v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1955.
- v. Godin-Wilhelmi: Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950 und 3. Aufl., Berlin 1967.
- Goldmann, Eduard: Das Handelsgesetzbuch, Bd. II, Berlin 1905.
- Groschuff, Hans: Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin 1943.
- Haacke, Herbert: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor der Eintragung ins Handelsregister, Diss. Breslau 1921.
- Haberkorn, Kurt: Rechtliche Struktur der werdenden Kapitalgesellschaft BB 1962, 1408.
- Haberkorn, Kurt: Verhältnis der Vorgesellschaft zur eingetragenen Gesellschaft MDR 1962, 350.
- Hachenburg, Max: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., Berlin 1956.
- Hagemann, Gottfried: Die Rechtshandlungen vor der Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Jena 1931.
- Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952.
- Heberlein, Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor der Eintragung in das Handelsregister, Diss. Breslau 1913.
- Heymann, Ernst: Die nichteingetragene GmbH im deutsch-ausländischen Rechtsverkehr, IherJ 75, 408.
- Homberger, Ludwig: Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, Diss. Würzburg 1906.
- Horn, Hans-Rudolf: Die Vorgesellschaft in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1964, 86.
- Hubert, Ernst: Die rechtliche Natur einer im Entstehen begriffenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Wirkung der von ihr abgeschlossenen Verträge, Diss. Erlangen 1915.

- Hueck, Alfred: Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1965.
- Hueck, Alfred: Das Recht der OHG, 3. Aufl., Berlin 1964.
- Johst, Hans-Joachim: Die GmbH vor der Eintragung, Diss. Königsberg 1923.
- Kalter, Anton: Konkursrecht der GmbH, KTS 1955, 39.
- Klaar, Heinrich: Die rechtliche Natur des Gründerverbandes nach Aktien- und Genossenschaftsrecht, Diss. Greifswald 1924.
- Klausing, Friedrich: Gesellschaftsrecht, in Die Handelshochschule, Bd. III, S. 619, Berlin-Wien 1927.
- Kloß, Günther: Der Eintritt der AG in die für sie im Gründungsstadium geschaffenen Rechte und Pflichten, Diss. Göttingen 1930.
- Könnecke, Fritz: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Stadium der Entstehung, Diss. Leipzig 1932.
- Kuhn, Georg: Die Vorgesellschaft, WM 1956 Sonderbeilage 5.
- Kuhn, Georg: Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH, WM 1966, 1118.
- Kuntze, Johannes-Emil: Der Gesamakt, ein neuer Rechtsbegriff, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Otto Müller, Leipzig 1892.
- Lang-Weidmüller: Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 25. Aufl., Berlin 1943.
- Lange, Heinrich: BGB, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München-Berlin 1967.
- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963.
- Lehmann, Heinrich: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959.
- Lehmann, Karl: Das Recht der Aktiengesellschaft, Berlin 1898.

- Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1921.
- Liebmann-Saenger: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Aufl., Berlin 1927.
- Lobedanz, Gerhard: Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäft, Berlin 1938.
- Makower, H.: Handelsgesetzbuch, 13. Aufl., Berlin 1906.
- Mentzel-Kuhn: Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl., Berlin-Frankfurt 1962.
- Merkert, Erich: Der Gesellschaftswechsel im Gründungsstadium der GmbH; zur Rechtsnatur der Vor-GmbH, BB 1951, 322.
- Merzbacher-Krakenberger: Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 9. Aufl., München 1928.
- Meyer-Meulenbergh: Genossenschaftsgesetz, 10. Aufl., München und Berlin 1965.
- Müller: Die rechtliche Natur einzutragender Gesellschaften oder Genossenschaften in der Zeit vor der Eintragung, DJZ 1905, 809.
- Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., Tübingen 1929.
- Müller-Erzbach, Rudolf: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.
- Nußbaum, Arthur: Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts, Arch. f. Bürg. Recht 42, 136.
- Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.
- Otto, Heinz: Die Haftung aus einem von der Vorgesellschaft aufgenommenen Geschäftsbetrieb, insbesondere gegenüber Arbeitnehmern, BB 1954, 572.

- Palandt, Otto: Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
26. Aufl., München und Berlin 1967.
- Parisius-Crüger: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., Berlin und
Leipzig 1922.
- Parisius-Crüger- Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 12. Aufl.,
Citron: Berlin-Leipzig 1932.
- Paul, W.: Ausschuß aus der zweigliedrigen Vor-GmbH,
NJW 47/48, 417.
- Paulick, Heinz: Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel
gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954.
- Paulick, Heinz: Das Recht der eingetragenen Genossenschaft,
Karlsruhe 1956.
- Paulick, Heinz: Die Rechtsstellung der nichteingetragenen
Genossenschaft, ZGen 1954, 149.
- Petersen, Jens: Die personengesellschaftliche Struktur der
GmbH, Diss. Kiel 1954.
- Reichsgerichts- Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichs-
gerätekommentar: gerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.,
Berlin 1959.
- Reichsgerichts- Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl.,
gerätekommentar: Berlin 1950; 3. Aufl., §§ 1-104, Berlin 1967.
- Reinecke, Günter: Die Stellung der Mitglieder in der Vorgesell-
schaft, Diss. Köln 1959.
- Rieß, Alfons: Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft in
Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts,
Bd. 3, Abt. II, Leipzig 1922.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
9. Aufl., München und Berlin 1961.
- Rosin, Heinrich: Zur Lehre von der Korporation und Gesellschaft,
insbesondere der erlaubten Privatgesellschaft,
nach ALR und heutigen preußischem Recht,
Gruchot 31, 753.

- Rümelin, Gustav: Zur Frage nach der Haftung der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins, AcP 101, 361.
- Ruth, Rudolf: Eintritt und Austritt von Mitgliedern, ZHR 88, 454.
- Saassen, Konrad: Die Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Würzburg 1911.
- Sachau, Gerhard: Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, ZHR 56, 444.
- Salinger, Wilhelm: Die Gesellschaften des Handelsrechts im Gründungs- und Liquidationsstadium, Diss. Jena 1914.
- Saß, Hans-Willi: Die Handlungen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Gründungsstadium, Diss. Köln 1924.
- Schirrmeister, Gustav: Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht ZHR 49, 29.
- Schlegelberger, Franz: Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960.
- Schlegelberger-Quassowski: Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1937.
- Schnorr, Gerhard: Wechselwirkungen zwischen Gesellschaftsrecht und Betriebsverfassungsgesetz bei der Aufsichtsratswahl, Arbeit und Recht 1953, 65.
- Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln-Marienburg 1964.
- Scholz, Franz: Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln 1953.
- Scholz, Franz: Die Haftung der Gründungsgesellschaft, JW 1938, 314.
- Scholz, Franz: Die Haftung der Handelnden in der Vor-GmbH, GmbHRSch 1956, 3.
- Scholz-Fischer: Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz 6. Aufl., Köln 1962.

- Schreiber, Otto: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925.
- Schultze-v. Lasaulx, Hermann: Zur Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins im Handelsrecht, Festschrift für Alfred Schultze, Weimar 1934.
- Schultze-v. Lasaulx, Hermann: Die unechte Vorgesellschaft, JZ 1952, 390.
- Schumann, Hans: Handelsrecht, Wiesbaden 1954.
- Schumann, Hans: Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, Köln-Berlin, 1956.
- Sieburg, Bruno: Die Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor ihrer Eintragung in das Handelsregister, Diss., Göttingen 1927.
- Siehr, Ernst: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor der Eintragung, Diss. Königsberg 1923.
- Skrotzki: Konkurs der Vorgesellschaften KTS 1962, 136.
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Stuttgart 1959.
- Soergel-Schultze-v. Lasaulx: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Bd. I § 1-240, Stuttgart 1967.
- Staub: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1903.
- Staub-Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.
- Staub: Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926; bearbeitet von Koenige, Pinner und Bondi.
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1957 ff.

- Steimel: Die Rechtsnatur des Zusammenschlusses von Personen, die eine GmbH gründen wollen, Diss. Köln 1951.
- Stoll, Heinrich: Die gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, in: Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des RG, Berlin-Leipzig 1929, S. 49.
- Takaki, Kurakichi: Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister und die Haftung der Gesellschafter aus der Gründung und aus der Zeichnung, Diss. Heidelberg 1906.
- Teichmann-Koehler: Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950.
- Thelen, Josef: Die Genossenschaften vor der Eintragung und nach der Auflösung, Diss. Gießen 1922.
- v. Tuhr, Andreas: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.
- Vogel, Hermann: GmbH-Gesetz, Berlin-Frankfurt 1950.
- Waldecker, Ludwig: Die eingetragene Genossenschaft, Tübingen 1916.
- Waldecker, Ludwig: Studien über die Rechtsverhältnisse der sog. nicht eingetragenen Genossenschaft, Gruchot 59, 961.
- Waldecker, Ludwig: Über die Entstehung der Mitgliedschaft bei der eingetragenen Genossenschaft, Festschrift für Heinrich Brunner, München-Leipzig 1914.
- Warneyer-Koppe: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin-Wien 1929.
- Westermann, Harry: Das rechtliche Wesen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster 1951.

- Westermann, Harry: Die Genossenschaften als Synthese von Freiheit und Bindung Bl. f. Gen 1954, 270.
- Weyrich, Josef: Das Verhältnis der Vorgesellschaft und Gründervereinigung nach deutschem Privatrecht, Diss. Frankfurt 1931.
- Wieland, Karl: Handelsrecht, Bd. I, München und Leipzig 1921; Bd. II, München und Leipzig 1931.
- Wilke, Gerhard: Die eingetragene Genossenschaft im Stadium der Entstehung, Diss. Leipzig 1934.
- Winden, Kurt: Haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH unbeschränkt? Betrieb 1952, 840.
- Zülch, Christoph: Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Vor-Genossenschaft, Diss. Hamburg 1964.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AP	Die arbeitsrechtliche Praxis
Bauer's Z	Zeitschrift für Aktiengesellschaften und für GmbH, herausgegeben von Bauer
BayOblG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
Betrieb	Der Betrieb
EB	Betriebsberater
BlfGen	Blätter für Genossenschaftswesen
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
eG	Eingetragene Genossenschaft
GmbHRdsch	Rundschau für GmbH
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JherJ	Jhering's Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des KG
KTS	Zeitschrift für Konkurs- und Treuhandwesen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neues Juristische Wochenschrift
RJA	Reichsjustizamt, Entscheidungssammlung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
RdA	Recht der Arbeit, Blätter für Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RGRK-BGB	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB
RGRK-HGB	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum HGB
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
ZGen	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
WM	Wertpapiermitteilungen

I. Einleitung.

Der Bundesgerichtshof hat in den beiden Grundsatzentscheidungen vom 23.4.1956 ¹⁾ und vom 11.7.1956 ²⁾ die werdende Genossenschaft und die werdende GmbH als Organisation sui generis anerkannt und sie als solche bereits weitgehend dem entsprechenden Gesetz über die spätere juristische Person unterstellt ³⁾.

Diesem Ergebnis hat sich inzwischen die herrschende Meinung angeschlossen ⁴⁾.

Hauptanliegen dieser Arbeit ist es nun, die Berechtigung der Sonderrechtstheorie zu untersuchen und in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Charakters der Eintragung der Gesellschaft in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister für diese Theorie aufzuzeigen.

Ferner scheint es zweckmäßig zu sein, sich mit den bisher zu dieser Problematik vertretenden Ansichten auseinanderzusetzen, worauf der BGH weniger Gewicht gelegt hat ⁵⁾.

In einem zweiten Teil der Arbeit sollen dann die Auswirkungen dieser Theorie untersucht und ferner dargelegt werden, welche Vorschriften des GmbH- und des GenG im Gründungsstadium keine Geltung haben. Weiterhin soll zu den hinsichtlich ihrer Anwendung umstrittenen Bestimmungen Stellung genommen werden. Dabei wird auch auf den Streit

1) BGHZ 20, 281.

2) BGHZ 21, 242.

3) Zuletzt BGHZ 45, 347.

4) Meyer-Meulenbergh Anm. 1 b zu § 13; Fischer in Großkomm AktG Anm. 4 zu § 22; v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. Anm 4 zu § 29; Baumbach-Duden Anm. 2 C zu § 105; Hueck GesR S. 123; Ermann-Westermann Anm. 2 zu § 54; Palandt-Danckelmann Anm. 4 zu § 54; Soergel-Siebert Anm. 28 vor § 21; Mentzel-Kuhn Anm. 2 zu § 207; Seydel in Anm. zu BGH GmbHRdsch 1956, 139; Kuhn WM 1956 Sonderbeilage 5 S. 3 und WM 1966, 1118; Pohle ZGen 1956, 314; Reinecke S. 30 ff; v. Bismarck S. 60.

5) Pohle ZGen 1956, 314; Seydel in Anm. zu BGH GmbHRdsch 1956, 139.

zwischen dem BGH ¹⁾ und dem BAG ²⁾ hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 66 Abs. I GmbHG auf die Gründungs-GmbH eingegangen werden. Hier gelangte das BAG, von der Sonderrechtstheorie des BGH ausgehend, zu einem der Auffassung des BGH entgegengesetzten Ergebnis. Es ging dabei um die Frage, ob die Auflösung der werdenden GmbH nach den Grundsätzen des Liquidationsverfahrens des GmbH-Rechts oder nach den für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltenden Regeln zu erfolgen hat. Das BAG. Das BAG entschied sich für die Anwendung des GmbH-Rechts, während der BGH auf die BGB-Vorschriften verwies. Auch in der Literatur werden dazu verschiedene Ansichten vertreten. So folgt Hueck ³⁾ dem BGH, Ganßmüller ⁴⁾ dagegen steht auf der Seite des BAG.

II. Problematik.

Es geht also im folgenden darum, nach welchen Rechtssätzen die werdende Gen und die werdende GmbH zu behandeln sind.

1. Zuvor soll darauf hingewiesen werden, daß es heute unstrittig ist, daß vor der Eintragung von Gen und GmbH in das Genossenschafts- bzw. Handelsregister bereits ein Rechtsgebilde besteht ⁵⁾.

1) BGH NJW 1963, 859.

2) BAG NJW 1963, 680.

3) Hueck in Anm zu AP Nr. 1 zu § 11 GmbHG; ebenso Horn NJW 1964, 90.

4) Ganßmüller GmbHRRdsch 1963, 101.

5) Früher war man auch der Auffassung, vor der Eintragung einer errichteten GmbH, AG oder Gen ins Handelsregister besteht gar keine Vereinigung. Sie wurde vertreten von Birkenbihl (GmbHG, Berlin 1893; S. 83/4), Renaud (Das Recht der Kommanditgesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1881, S. 686) und Thöl (Das Handelsrecht Bd. I, 6. Aufl., Leipzig 1879, S. 419), Liebmann (GmbH, Berlin, 4. Aufl. 1899, § 11 II) war der Ansicht zwischen den Gründern bestehe ein "pactum de contrahendo", also ein bloßer Vorvertrag. Alle diese Meinungen sind heute nicht mehr in der Diskussion. Eine Auseinandersetzung mit ihnen erübrigt sich. Die wesentlichen Gegenargumente ergeben sich im übrigen aus den folgenden Ausführungen.

Zwar heißt es in § 11 GmbHG: "Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht". Aus dieser Vorschrift kann man aber nur folgern, daß vor der Eintragung eine GmbH noch nicht besteht, nicht aber, daß kein anderes Rechtsgebilde bestehen könne; denn diese Formulierung bedeutet nur, daß vor der Eintragung noch keine rechtsfähige GmbH vorhanden ist. Aus §§ 1, 2 GmbHG, in denen vor der Errichtung der Gesellschaft durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages gesprochen wird, folgt, daß vor der Eintragung schon ein Rechtsgebilde bestehen muß, die errichtete GmbH oder werdende GmbH. Bei der Gen geht dies sogar unmittelbar aus dem Wortlaut des § 13 GenG hervor, der besagt: "Vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht". Ebenso heißt es in § 1 GenG: "Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken (Genossenschaften) ... erwerben die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nach Maßgabe dieses Gesetzes". Das heißt also, daß vor der Eintragung der Gen bereits ein Rechtsgebilde besteht. Dergleichen spricht auch § 2 GenG von der Errichtung einer Gen. Aus den Bestimmungen des GenG und des GmbHG folgt also, daß zwischen der Errichtung der Gesellschaft durch Feststellen des Status oder Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister eine sog. Vor-Genossenschaft bzw. Vor-GmbH besteht.

Aus dem Gesetz geht indes nicht hervor, welche Rechtsnatur diese Vereinigungen haben und nach welchen Vorschriften sie zu behandeln sind. Wie oben angezeigt wurde, enthalten die §§ 11 GmbHG, 13 GenG nur negative Bestimmungen. Die übrigen diesbezüglichen Vorschriften, die §§ 1 - 12 GmbHG und §§ 1 - 16 GenG, enthalten wohl einzelne Regelungen, doch betreffen diese weder die Rechtsnatur der Vor-Gen bzw. Vor-GmbH noch geben sie im übrigen über die Verhältnisse dieser Gebilde genaue Auskunft.

Daß aber solche weiteren Vorschriften notwendig sind, ergibt schon allein die Tatsache, daß für die Vorgesellschaft kraft Gesetzes gehandelt werden muß. Gemäß §§ 11, 157 GenG und §§ 7, 78 GmbHG müssen der Vorstand bzw. die Geschäftsführer die Gesellschaft zur Registereintragung anmelden. Das setzt gleichzeitig voraus, daß die Vor-Gen und die Vor-GmbH bereits einen Vorstand bzw. Geschäftsführer bestellt haben müssen. Zu diesem Zwecke werden Anstellungsverträge abgeschlossen, aus denen die Vorgesellschaft haftet. Weiterhin entstehen bei der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nach § 2 GmbHG Kosten, für die ebenfalls die Vorgesellschaft aufkommen muß. Ebenso wird die werdende GmbH verpflichtet, wenn ein Geschäft als Sacheinlage (§ 5 Abs. IV GmbHG) eingebracht wird. Denn dieses darf nicht stillgelegt werden, da anderenfalls die Vor-GmbH schon vor der Eintragung auf vermeidbare Art und Weise Teile ihres Vermögens einbüßen und somit ihre Gläubiger gefährden würde ¹⁾. In allen genannten Fällen wird nun die Vorgesellschaft verpflichtet. Daher ergibt sich zwangsläufig die Frage, wer für die Schulden der Gesellschaft haftet; kann die Vorgesellschaft insoweit wirksam verpflichtet werden; kann man gegen sie im Wege der Klage vorgehen; ist sie konkursfähig? Da diese Fragen vom Gesetz nicht beantwortet werden, muß man die Rechtsnatur der werdenden Gen und werdenden GmbH feststellen, um dann zu einer den Verhältnissen angemessenen Lösung zu gelangen.

2. Ein Wort bleibt noch zum Sprachgebrauch zu sagen. Im Anschluß an Paulick ²⁾ soll die Gen zwischen Errichtung und Eintragung als Gründungs-Genossenschaft, die GmbH als Gründungs-GmbH bezeichnet werden. Verallgemeinernd sollen diese Gründungsgesellschaften genannt werden. Da auch das GenG in § 1 von der Gen als Gesellschaft spricht, kann man

1) BGH NJW 1963, 859; BGH NJW 1966, 1312.

2) Paulick ZGen 1954, 151.

die Gründungs-Gen mit Recht diesem Begriff unterordnen. Diese Sprachregelung findet sich zuerst bei Paulick ¹⁾, wurde dann von Bismarck ²⁾ übernommen und soll im Interesse einer einheitlichen Bezeichnung beibehalten werden. Dieser Begriff charakterisiert zugleich auch treffend das Stadium, in welchem sich die Gen und die GmbH vor der Eintragung befinden. Vor der Errichtung der Gründungsgesellschaft kann nämlich schon eine andere Vereinigung zwischen den Gründern bestehen. Diese wird mit dem Ziel geschaffen, die juristische Person zu errichten. Auch auf sie würden die Begriffe wie Vor-GmbH, Vor-Gen, werdende GmbH, nicht eingetragene Gen usw. zutreffen. Um Verwechslungen zu vermeiden, ist daher eine genaue Abgrenzung geboten. Reiht man die Gesellschaft, die der Gründungsgesellschaft vorausgeht, in das vorliegende Schema ein, so empfiehlt es sich, von der Vorgründungs-Gen und Vorgründungs-GmbH zu reden. Eine Verwechslung ist dann ausgeschlossen. Im übrigen ist die Vorgründungsgesellschaft uninteressant, denn sie wird zu Recht von der herrschenden Meinung ³⁾ seit über 50 Jahren als Gesellschaft bürgerlichen Rechts angesehen. Es handelt sich um die typische Gelegenheitsgesellschaft, deren Zweck es ist, eine juristische Person zu gründen.

Schließlich sei noch die nicht rechtsfähige Dauer-Genossenschaft ⁴⁾ erwähnt. Diese unterscheidet sich darin von der Gründungs- und Vorgründungs-Gen, als sie von vorneherein nicht anstrebt, eingetragene Gen zu werden. Das Gegenstück bei der GmbH ist die nicht eintragungsbereite Vor-GmbH.

1) Paulick ZGen 1954, 151.

2) v. Bismarck S. 19.

3) Brodmann, AktG Anm 1a zu § 200; Vogel Anm 2 zu § 11 GmbHG; Fischer LM Nr. 8 zu § 11 GmbHG; Dressler S. 8; Bayer Diss. S. 14; v. Bismarck S. 13.

4) Zülch S. 9.

3. Die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH werden deshalb dieser Darstellung zugrundegelegt, um gleichzeitig festzustellen, ob der grundlegende Unterschied zwischen beiden Rechtsformen zu abweichenden Ergebnissen führt. Zwar sind Gen und GmbH juristische Personen des Handelsrechts, doch ist die Genossenschaft ein Personalverband ¹⁾, während die GmbH Kapitalgesellschaft ist ²⁾. Bei der Gen steht die persönliche Teilnahme des Genossen an der Genossenschaft im Vordergrund, nicht dagegen die kapitalmäßige Beteiligung ³⁾. So kann eine Gen grundsätzlich ohne Kapital gegründet werden (§ 7 Ziff 2 GenG). Nicht die Höhe der Geschäftsanteile, wie bei der GmbH (§ 47 Abs. II GmbHG), ist Grundlage für das Stimmrecht, sondern jedem Genossen steht eine Stimme zu, mag er auch noch so viele Geschäftsanteile haben (§ 43 Abs. II GenG). Die Genossen dürfen gemäß § 43 Abs. IV Satz 1 GenG das Stimmrecht nicht durch Bevollmächtigte ausüben lassen, d.h. sie müssen zur Stimmabgabe persönlich bei den Generalversammlungen anwesend sein. Währenddessen dürfen auf der Gesellschafterversammlung der GmbH Bevollmächtigte auftreten (§ 47 Abs. III GmbHG). Weiterhin haften die Genossen nach § 105 GenG im Konkurs über ihren Geschäftsanteil hinaus im Rahmen der Nachschußpflicht. Demgegenüber gibt es eine Nachschußpflicht bei der GmbH (§ 26 ff GmbHG) in der Praxis nur ganz vereinzelt, da die Gesellschafter gerade die Form der GmbH wählen, um jede weitere Inanspruchnahme über die Zahlung der Stammeinlage hinaus zu vermeiden.

Weiterhin ist das Stammkapital der GmbH Grundlage für die Befriedigung der Gläubiger, während bei der Gen die

1) Westermann, Quellen u. Studien I, S. 77; BGHZ 17, 390.

2) Westermann, Quellen u. Studien I, S. 93.

3) Westermann Bl f Gen 54, 271.

Einzahlungen auf die Geschäftsanteile in erster Linie den Zweck haben, die Gen mit Betriebsmitteln auszustatten. Der Einzahlungsanspruch ist schlechthin unpfändbar¹⁾. Die Gläubiger können nur im Rahmen des Nachschußverfahrens Befriedigung erlangen.

Dieser grundsätzliche Unterschied zwischen beiden Gesellschaftsformen ist möglicherweise schon im Gründungsstadium bestimmend, so daß sich aus diesem Gegensatz zuweilen eine verschiedene Beurteilung gewisser Fragen ergeben könnte.

Da beide Rechtsformen schließlich nur Beispiele für eine werdende juristische Person des Privatrechts sind, ist es auch gestattet, ergänzend auf die Verhältnisse bei der Aktiengesellschaft und dem nicht rechtsfähigen Verein einzugehen, insbesondere das entsprechende Schrifttum heranzuziehen.

Keinesfalls ist auf Grund der bloßen Behandlung von Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH der Schluß gerechtfertigt, der Verfasser wolle die Rechtsprechung des BGH nur auf Gen und GmbH beschränkt wissen. Die gleichen Grundsätze gelten vielmehr auch für die Gründungs-AG.

III. Der Stand der verschiedenen Meinungen zur Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Gründungs-Gen und der Gründungs-GmbH versuchen vier Theorien zu beantworten.

1. Da ist zunächst die Gesellschaftstheorie des RG. Das RG vertrat seit RGZ 58, 56 in ständiger Rechtsprechung¹⁾ die Auffassung, die Gründungs-GmbH sei eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Davon weicht es nur in RG Gruchot 46, 854 ab. Dort nimmt es das Vorhandensein

1) BGHZ 15, 70

2) RGZ 82, 290; 83, 373; 87, 249; 122, 175; 143, 372; 151, 91.

eines nicht rechtsfähigen Vereins an. Dem steht aber eine Vielzahl anderslautender RG-Entscheidungen entgegen ¹⁾, so daß dieses Urteil unberücksichtigt bleiben muß. Dem RG schlossen sich dann in der Folgezeit auch zahlreiche Oberlandesgerichte an ²⁾.

Bezüglich der Gründungs-Gen hat das RG nie Stellung genommen. In der Literatur ³⁾ wird zwar oftmals die Entscheidung RGZ 39, 29 zum Beweis dafür herangezogen, daß das RG in der Gründungs-Gen einen nicht rechtsfähigen Verein gesehen habe, doch enthält dieses Urteil nichts, was zu einer solchen Vermutung Anlaß geben könnte. Darauf weist der BGH ⁴⁾ ausdrücklich noch einmal hin. Im Gegenteil, nach den Entscheidungen, die das RG bezüglich der Gründungs-GmbH gefällt hat, muß man zu dem Schluß gelangen, daß es auch die Gründungs-Gen und sogar die Gründungs-AG als Gesellschaften bürgerlichen Rechts eingeordnet hätte. Allerdings bezeichnen dann das OLG München ⁵⁾ und das OLG Nürnberg ⁶⁾ die Gründungs-Gen als nicht rechtsfähigen Verein ⁷⁾. Den gleichen Stand-

1) RGZ 82, 290; 83, 373; 87, 249; 122, 175; 143, 372; 151, 91.

2) OLG Hamburg OLG 10, 245 und Bauer's Z 12, 183; KGJ 40 A 68; OLG Bamberg LZ 1910, 872; KG JW 1937, 46; OLG Tübingen DRZ 1950, 18; OLG Celle DNotZ 1950, 102 und NJW 1951, 36.

3) Zuletzt Zülch S. 12, der auch die Entscheidungen RGZ 46, 854; 64, 185 für diese Ansicht anführt; erstere ist nicht auffindbar, die zweite für diese Frage unergiebig.

4) BGHZ 17, 385.

5) OLG München HRR 41 Nr. 704.

6) OLG Nürnberg ZGen 1955, 237.

7) Ebenso LG Münster JR 53, 261; LG Memmingen MDR 1954, 234; AG Naila MDR 1955, 234.

punkt teilt mit wenigen Ausnahmen die Literatur ¹⁾.

Bei der Gründungs-GmbH hat sich die Literatur in zwei fast gleich große Lager gespalten. Die einen ²⁾ folgen dem RG und bezeichnen die Gründungs-GmbH als bürgerlichrechtliche Gesellschaft, während die anderen einen nicht rechtsfähigen Verein annehmen wollen ³⁾.

-
- 1) Lang-Weidmüller Anm. 1 zu § 13 GenG; Meyer-Meulenbergh (8. Aufl.) Anm. 1b zu § 13; Parisius-Crüger-Citron, GenG Anm. 2 zu § 5; Ellinghaus § 13 GenG; Staudinger-Coing Anm. 72 zu § 54; Rieß S. 36; Deumer S. 73; Waldecker S. 111; Haupt-Reinhardt S. 29; Müller-Erzbach HR S. 374; Paulick, Das Recht der eingetragenen Gen. S. 98; derselbe, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung S. 70; derselbe ZGen 1954, 151; Waldecker Gruch 59, 965, Kluge ZGen 1952, 68; Pohle ZGen 1954, 337; Sachau ZHR 56, 446; Nußbaum Arch. f. Bürg. R. 42, 179; Bernauer S. 9; Sassen S. 124; Gaerths S. 34; Haberkorn BB 1962, 1410; Klaar S. 91; Wilke S. 2; Salinger S. 19; Dressler S. 54.
Anderer Meinung: Geiler LZ 1911, 310; Scholz JW 38, 3149; Otto BB 1954, 573.
- 2) Brodmann, GmbHG Anm. 1 zu § 11; Staub Anm. 2 zu § 11 GmbHG; Warneyer-Koppe, Anm. 1 zu § 11; Scholz, GmbHG Anm. 12 zu § 2; Scholz Kleinkommentar Anm. 3 zu § 2; Scholz-Fischer Anm. 3 zu § 11; Parisius-Crüger, GmbHG Anm. 1 zu § 1; Groschuff Anm. 1 zu § 11; Merzbacher-Krakenberger Anm. 3 zu § 1; Geiler LZ 1911, 510; Hachenburg JW 1922, 727; Otto BB 1954, S. 73; Scholz JW 38, 3149; derselbe GmbHGRdsch 1956, 3; Haacke, S. 37; Salinger S. 13; Hubert S. 7; Saß S. 27.
- 3) Vogel Anm. 1 zu § 2; Baumbach-Hueck, GmbHG Anm. 1 zu § 11; Staudinger-Coing Anm. 72 zu 54; Haupt-Reinhardt S. 29; Müller-Erzbach S. 256; Lehmann, GesR S. 294; Nußbaum Arch. f. Bürg. R. 42, 179; Heymann IherJ 75, 417; Sachau ZHR 56, 446; Haberkorn BB 1962, 1410; Gaerths S. 34; Heberlein S. 25; Saassen S. 124; Wilke S. 2; Könnecke S. 36; Dreßler S. 17; Siehr S. 46; Sieburg S. 14; Bayer, Diss. S. 43; Steimel S. 35.

Auch bei der Gründungs-AG sind die Meinungen durchaus geteilt ¹⁾.

Der Streit zwischen der Gesellschafts- und der Vereinstheorie hat 50 Jahre lang die Szene beherrscht, und noch Steimel ²⁾ meinte, eine andere Kontroverse sei nicht denkbar. Damals hatte sich aber schon unter Führung der Rechtsprechung ³⁾ eine Sonderentwicklung durchgesetzt, welche allerdings nicht von langer Dauer war. Es wurde die Ansicht vertreten, jede Gründungsgesellschaft, die den Geschäftsbetrieb vorzeitig aufnehmen und unter § 1 Abs. II HGB falle, sei eine offene Handelsgesellschaft.

Letztlich gab es noch eine Ansicht, die die Gründergesellschaft dem Recht der entsprechenden fertigen Gesellschaft bis auf die Vorschriften unterstellen wollte, welche die Rechtsfähigkeit voraussetzen. Diese war in der Literatur weitgehend unbeachtet geblieben und wurde

-
- 1) Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nehmen an: Wieland II S. 73; Teichmann-Köhler Anm. 2 a zu § 16; Lehmann-Hoeniger § 69; Staub-Pinner Anm. 4 zu § 188; Schlegelberger-Quassowski Anm. 4 zu § 22; Brodmann, AktG Anm. 1 a zu § 200; Düringer-Hachenburg Anm. 12 zu § 200; v. Godin-Wilhelmi 2. Aufl. Anm. 9 zu § 22; Rudolf Fischer in Ehrenbergs Handbuch Bd. 3 Abt. 1 S. 109; Gadow IherJ 87, 248; Geiler LZ 1911, 510; Otto MDR 1954, 513; Salinger S. 15; Lobedanz S. 133.

Einen nicht rechtsfähigen Verein nehmen an: Goldmann Anm. 2 zu § 200; Makower Anm. II b zu § 188; Baumbach-Hueck, AktG Anm. 2 zu § 22; Staudinger-Coing Anm. 72 zu § 54; Böhle-Stamschräder Anm. 1 zu § 207; Haupt-Reinhardt S. 29; Schumann § 41 IV 1; Lehmann, Ges.R S. 220; J. v. Gierke S. 280; Cosack S. 75; Sachau ZHR 56, 446; Nußbaum Arch. f. Bürg.R. 42, 179; Baur DRZ 1950, 10; Haberkorn BB 1962, 1410; Homberger S. 21; Sieburg S. 14; Gaerths S. 34; Wilke S. 2; Kloß S. 23; Bayer, Diss. S. 43.

- 2) Steimel S. 15.

- 3) OLG Frankfurt NJW 1947/48, 429; OLG Celle DNotZ 1950, 102; OLG Hamburg JZ 1952, 436 und Betrieb 1954, 107; LAG Stuttgart Betrieb 1954, 107; ferner: Schlegelberger Anm. 20 zu § 105; Winden Betrieb 1952, 84.

nur von wenigen Autoren vertreten ¹⁾; hatte aber seit 1948 innerhalb kurzer Zeit neue Anhänger gewonnen ²⁾.

2. So war die Lage, als der BGH in seinem Urteil vom 23.4.1956 ³⁾ eine Entscheidung treffen mußte.

Dort stellt der BGH fest, daß mit der Errichtung des Status der Genossenschaft weder ein nicht rechtsfähiger Verein noch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstanden sei. Ebensowenig sei eine offene Handelsgesellschaft anzunehmen. Letztere käme nur bei Rechtsmißbrauch in Frage. Die im Werden begriffene Genossenschaft sei vielmehr eine Entwicklungsstufe bei der Entstehung der eingetragenen Genossenschaft und unterstehe dem Recht der eingetragenen Genossenschaft mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzten und derer, die durch spezielle Gründungsvorschriften ersetzt worden seien. Diese Ansicht bekräftigte der BGH drei Monate später im Urteil vom 12.7.1956 ⁴⁾, wo er ausführte, die im Werden begriffene GmbH sei eine Organisation, die einem Sonderrecht unterstehe, das aus den im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzte, bestehe.

Obwohl der BGH sich nicht ausdrücklich auf die in der Literatur vertretenen Meinungen beruft, übernimmt er zwar nicht wörtlich, so doch im Sinngehalt nach, die dort schon früher entwickelte Ansicht.

1) Feine S. 201; Schreiber S. 65; Takaki S 48; Johst S. 52; Diederich S. 6; Klausning S. 692; Weyrich S. 23.

2) Paul NJW 1947/48, 418; Dregger S. 72; Erman AcP 52, 281; Bayer JZ 52, 553; Hachenburg-Schilling Anm. 2 zu § 11; Ganßmüller GmbHRdsch 53, 117; derselbe GmbHRdsch 53, 210; Schnorr Arb. u. R. 53, 68; Kalter KTS 1955, 41; Schilling JZ 55, 614.

3) BGHZ 20, 281.

4) BGHZ 21, 242.

Der eigentliche Begründer dieser Theorie ist Takaki ¹⁾, der schon 1906 schreibt, daß die die werdende AG darstellende Vereinigung naturgemäß auch in den Bereich des Aktienrechts falle. Alle Rechtsverhältnisse aus dieser Vereinigung seien nach den Prinzipien des Aktienrechts zu beurteilen, jedoch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Vereinigung die werdende, noch nicht rechtsfähige AG sei. Als nächste vertreten dann der Kommentar von Schreiber ²⁾ und das Lehrbuch von Feine ³⁾ dieselbe Ansicht für die KGaA und die GmbH, gefolgt von den Dissertationen von Johst ⁴⁾ und Diederich ⁵⁾. Vergleicht man den Wortlaut ihrer Ausführungen mit denen des BGH, so ist die Vermutung gerechtfertigt, daß der BGH sich von der Formulierung Feines leiten lasse. Im übrigen wurde diese Meinung in der Literatur, wie schon angeführt, kaum beachtet, gewann aber seit 1948 an Bedeutung und wurde endlich durch die Entscheidung des BGH in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt. In der Folgezeit erwarb sie sich weitere

-
- 1) Takaki S. 48; nicht wie v. Bismarck (S. 62) meint Johst oder einer der bei Feine S. 201 Fußnote 28 Zitierten oder gar Feine selbst (Skrotzki KTS 62, 138).
 - 2) Schreiber S. 65: "Es besteht eine noch nicht eingetragene AG. Mit anderen Worten: Es besteht ein Personenverband, auf den alle Rechtssätze Anwendung finden, die für die fertige KAG gelten. Ausgeschlossen bleiben nur die Rechtssätze, die durch die Eintragung bedingt sind oder die durch besondere positive Vorschriften des Gesetzes ersetzt sind".
 - 3) Feine S. 201: "Es besteht eine noch nicht eingetragene GmbH, d.h. eine GmbH abzüglich der Eigenschaften, die erst durch die Eintragung erworben werden, also ein Verband, auf den alle Rechtssätze über die GmbH Anwendung finden, mit Ausnahme derjenigen, die durch die Eintragung bedingt sind und derer, die durch andere Vorschriften speziell ersetzt sind".
 - 4) Johst S. 52: "Sie ist weder nicht rechtsfähiger Verein noch bürgerlichrechtliche Gesellschaft, sondern eine GmbH nach innen, der weiter nichts fehlt als die durch Eintragung zu erlangende Rechtspersönlichkeit und damit die Anerkennung durch die Rechtsordnung in ihrer charakteristischen Eigenart".
 - 5) Diederich S. 6: "Es besteht im Gründungsstadium "eine noch nicht eingetragene GmbH". Alle Vorschriften, die nicht notwendig durch die Eintragung bedingt sind, finden Anwendung.

Anhänger und wurde zur heute herrschenden Meinung ¹⁾.

Man sollte sich allerdings darüber im klaren sein, daß die Anwendung einzelner Vorschriften des Rechts der eingetragenen juristischen Person auf die Gründungsgesellschaft bereits auch von Vertretern der anderen Theorien - wie z.B. dem RG ²⁾ - durchgeführt worden ist. Das Neue an der Ansicht des BGH liegt aber darin, daß der BGH die Gründungsgesellschaft als Organisation sui generis anerkennt, auf welche generell das Recht der entsprechenden juristischen Person anzuwenden ist, mit Ausnahme der Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen. Es handelt sich also nicht nur um vereinzelte Vorschriften, wie es beim RG der Fall ist, sondern um das ganze Gesetz.

Bevor nun diese Ansichten diskutiert werden, soll zunächst untersucht werden, welcher Natur das vor der Eintragung in das Register entstandene Rechtsgebilde ist, ob es tatsächlich als Gesellschaft sui generis bezeichnet werden kann.

1) Meyer-Meulenbergh Anm 1b zu § 13; Fischer in Großkomm AktG Anm. 4 zu § 22; v.Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 29; Baumbach-Duden Anm. 2C zu § 105; Palandt-Danckelmann Anm. 4 zu § 54; Erman-Westermann Anm. 2 zu § 54; Soergel-Siebert Anm. 28 vor § 21; Mentzel-Kuhn Anm. 2 zu § 207; Hueck, GesR, S. 123; Seydel in Anm. zu BGH GmbHRdsch 56, 139; Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5 S. 3; ders. WM 66, 1118; Pohle ZGen 1956, 314; Reinecke S. 30 ff; v. Bismarck S. 60.

2) RGZ 82, 290.

IV. Die Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft und die auf sie anzuwendenden Rechtsnormen.

An dieser Stelle gilt es nun zu prüfen, ob der Meinung des BGH zu folgen ist, d.h., ob die Gründungsgesellschaft tatsächlich eine GmbH oder eine Gen abzüglich der Rechtsfähigkeit ist, also eine Gesellschaft sui generis, und ob die Vorschriften des GmbH- und des Genossenschaftsrechts auf diese Gebilde anwendbar sind.

Zunächst ist die Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft zu erörtern.

1.) Um hierzu Stellung nehmen zu können, muß die Frage beantwortet werden, was das Wesen der eingetragenen Gen und der GmbH, abgesehen von der Rechtsfähigkeit, im übrigen ausmacht.

a.) Als erstes ist der körperschaftliche Aufbau zu nennen. Die GmbH und die Gen stehen ihren Mitgliedern und Dritten als geschlossenes Ganzes gegenüber. Sie handeln durch Organe. Bei der Gen sind das gemäß §§ 24, 39 GenG der Vorstand und der Aufsichtsrat, bei der GmbH die Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) und gegebenenfalls der Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG). Willensbildungsorgan ist die Generalversammlung (§§ 43, 48 ff GenG) bzw. die Gesellschafterversammlung (§§ 46 ff GmbHG). Die GmbH und die Gen sind in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig. Sie sind auf Dauer angelegt und handeln unter einem Gesamtnamen, der Firma.

b.) Weiterhin werden die GmbH und die Gen durch den Gesellschaftsvertrag bzw. das Statut wesentlich gekennzeichnet. Durch diese Vereinbarungen werden der Sitz der Gesellschaft und die Firma der Gen und der GmbH festgelegt, ferner der Gegenstand des Unternehmens (§§ 6 Ziff. 1, 2 GenG, 3 Ziff. 1, 2 GmbHG). Es sind

darin Bestimmungen über die Höhe der Geschäfts- (§ 7 Ziff. 2 GenG) bzw. der Kapitalanteile (§ 3 Ziff. 3, 4 GmbHG) enthalten. Die Frage, ob eine eGmbH oder eGmbH gewollt ist, ist geklärt (§ 7 GenG). Kurz, das Statut bzw. der Gesellschaftsvertrag, die Grundgesetze der autonomen Körperschaft, regeln das Leben der eingetragenen Gen und GmbH. Sie enthalten bereits die wesentlichen Merkmale des späteren Gesellschaftstyps.

2.) Wenn nun die körperschaftliche Struktur der eingetragenen Gen und der GmbH bereits vor der Eintragung gegeben, und das Statut bzw. der Gesellschaftsvertrag schon Grundgesetz dieser Körperschaft wäre, dürfte man folgern, daß die Gen und die GmbH bereits vor der Eintragung als Typ der späteren juristischen Person entstanden wären.

a.) Deshalb ist zunächst einmal zu untersuchen, wann das Statut bzw. der Gesellschaftsvertrag in Kraft treten. Wäre die Satzung bis zur Eintragung der Gründungsgesellschaft aufschiebend bedingt, wie zum Beispiel Hachenburg ¹⁾ meint, so könnte sie unter gar keinen Umständen für die Gründungs-Gen bzw. die Gründungs-GmbH maßgeblich sein. Hachenburg führt dazu aus, die Verfassung, die der Gesellschaftsvertrag enthalte, beziehe sich auf die Zeit nach der Eintragung. Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte ²⁾ scheint eine derartige Suspensivwirkung anzunehmen. Ebenso vertritt das RG in JW 1905, 31 den Standpunkt, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich erst mit der Eintragung der Gesellschaft wirksam würden.

Dieser Auffassung kann indes nicht zugestimmt werden. Wenn die Gründer das Statut oder den Gesellschaftsvertrag beschließen, heißt das, daß sie damit eine Gen bzw. eine GmbH

1) Staub-Hachenburg Anm. 8 zu § 11 GmbHG.

2) RGRK-BGB Anm. 6 zu § 21.

gründen wollen. Das Leben der späteren juristischen Person beginnt bereits mit diesem Akt. Die Gründer wollen von diesem Augenblick an, Mitglieder dieser zukünftigen juristischen Person werden und alles tun, was zu ihrer Eintragung notwendig ist. Sie wollen, daß von diesem Zeitpunkt an für jedes einzelne Mitglied Pflichten begründet werden, daß u.a. die Beiträge entsprechend dem Statut und Gesellschaftsvertrag zu leisten sind (§§ 7 Abs. II GmbHG, 7 Abs. II GenG), die im Gesellschaftsvertrag berufenen Geschäftsführer (§ 6 Abs. II Satz 2 GmbHG) tätig werden usw. Sie wollen daher, daß das Statut bzw. der Gesellschaftsvertrag sofort für alle Mitglieder verpflichtend sind und sogleich Geltungskraft erlangen. Das Statut und der Gesellschaftsvertrag werden daher mit dem Feststellungsakt wirksam.

So sagt Heberlein ¹⁾ mit Recht, daß die Ansicht von der suspensiven Wirkung der Satzung deshalb nicht zutreffend sei, weil sie keine Stütze im Gesetz finde und auch dem Willen ²⁾ und dem Bewußtsein der beim Abschluß Beteiligten nicht entspreche.

Ein weiteres Argument ergibt sich aus der Geltung des Systems der sogenannten Normativbestimmungen, welches beinhaltet, daß die Gründungsgesellschaft bereits vor der Eintragung in das Register soweit entwickelt sein muß, daß nur noch die Eintragung fehlt, um eine juristische Person entstehen zu lassen ³⁾. Mangels anderer Verträge o.ä. kann sich die Gründungsgesellschaft aber nur auf Grund des Statuts bzw. des Gesellschaftsvertrages organisieren. Da sie sich also auf diese Art und Weise vor der Eintragung eine Verfassung gegeben haben muß, kommt eine suspensive Wirkung des Statuts

1) Heberlein S. 32.

2) Bayer JZ 1952, 552 r. Sp.

3) Dreßler S. 23.

bzw. Gesellschaftsvertrages nicht in Frage ¹⁾. Diese Ansicht wird auch durch das Gesetz bestätigt ²⁾; denn sonst könnte dieses nicht z.B. in § 7 Abs. II GmbHG anordnen, daß ein Viertel der Stammeinlage, welche ja erst durch den Gesellschaftsvertrag bindend festgelegt wird, vor der Eintragung zu zahlen sei, oder daß der im Gesellschaftsvertrag bestimmte Geschäftsführer, die GmbH zum Handelsregister anzumelden habe (§§ 7, 78, 6 Abs. II GmbHG).

Sitz und Firma der Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH liegen fest. Der Gegenstand des Unternehmens ist vereinbart. Die Beteiligung der Gründer am Stammkapital und die Höhe desselben sind bestimmt. Die Zahl und die Höhe der Geschäftsanteile (§§ 7 Ziff. 2, 134 GenG) sind festgelegt, ferner ob eine beschränkte oder unbeschränkte Nachschußpflicht eingeführt wird, und wie hoch gegebenenfalls die Nachschüsse sind.

Das bedeutet also, daß die wichtigsten, das Wesen der eingetragenen Gen und GmbH bestimmenden Entscheidungen schon vor der Eintragung der Gesellschaft gefallen sind und die Gestalt der Gründungsgesellschaft maßgeblich beeinflussen. Somit zeichnen sich die Konturen der eingetragenen Gen und der GmbH bereits vor der Eintragung der Gesellschaften in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister ab.

b.) Weiterhin müßten die noch nicht eingetragene Gen und die GmbH Körperschaften sein.

aa.) Der Begriff der Körperschaft ist in der Vergangenheit Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen gewesen. Dabei stand allerdings nicht direkt der Begriff der Korporation

1) Feine S. 206; Bayer JZ 1952, 552 r. Sp.; Bayer Diss. S. 70; Baritsch S. 13; Könnecke S. 37; Reinecke S. 32.

2) Hachenburg-Schilling Anm. 2 zu § 11.

im Vordergrund, sondern der des Vereins. Das Privatrecht kennt nämlich kein Gebilde, welches nur Körperschaft ist. Die Körperschaften des Privatrechts werden in die Vereine des BGB und die des HGB unterteilt; so gibt es im BGB den rechtsfähigen und den nicht rechtsfähigen Verein, im HGB die Aktiengesellschaft, die GmbH und die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ¹⁾. Der Verein ist das Urbild der Körperschaft ²⁾. Daraus folgt, daß jeder Verein eine Körperschaft ist und jede privatrechtliche Körperschaft ein Verein. Die Körperschaften des öffentlichen Rechts scheiden in diesem Zusammenhang aus. Die Merkmale der Körperschaft müssen also mit denen des Vereins grundsätzlich übereinstimmen, während umgekehrt der Verein noch weitere, besondere Kennzeichen aufweisen kann. Man muß daher die zum Wesen des Vereins geführte Diskussion auch in die Auseinandersetzung über das Wesen der Körperschaft einbeziehen.

Ursache allen Streites ist, daß weder der Begriff der Körperschaft noch der des Vereins im Gesetz näher erläutert werden. Man versucht daher das Wesen des Vereins und gleichzeitig das der Körperschaft aus dem Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts heraus zu entwickeln ³⁾.

So definiert Knoke ⁴⁾ die Körperschaft als eine durch Satzung für einen dauernden Zweck zu einer Einheit zusammengefaßten Mehrheit von Personen, die in ihrem Bestand von dem Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig sei und für deren Bestätigung in letzter Linie der Wille der Mitglieder maßgebend bliebe. Danach müßten für die Annahme einer Körperschaft folgende Kennzeichen gegeben sein: Die Satzung, ein Willensbildungsorgan der Mitglieder, ein Handlungsorgan, die Unabhängigkeit im Bestand vom Wechsel der Mitglieder und das Vorhandensein eines dauerhaften Zweckes.

1) Laufke in Staatslexikon Bd. 5 S. 52.

2) Knoke in Stühr - Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 3 S. 719.

3) Petersen S. 30.

4) Knoke, Handwörterbuch Bd. 3 S. 719.

Das RG ¹⁾, dem sich inzwischen der BGH ²⁾ angeschlossen hat, sieht im Verein eine dauerhafte Bindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben habe, einen Gesamtnamen führe und bei welcher ein Wechsel im Mitgliederbestande statfinde, und zwar nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung.

In dieser Definition findet man die wesentlichen, von Knoke aufgeführten, Elemente wieder: körperschaftliche Struktur, dauernde Verbindung, Unabhängigkeit im Bestand von Wechsel der Mitglieder und ein gemeinsamer Zweck. Daß das RG zuzüglich noch einen Gesamtnamen verlangt, ist daher zu erklären, daß mehrere Personen, die als einheitliches Ganzes behandelt werden wollen, auch als solches im Verkehr auftreten müssen. Dazu bedarf es eines Gesamtnamens. Obwohl Knoke dieses Merkmal nicht aufführt, muß man es auch für die Körperschaft fordern; denn, wenn ein einheitliches Gebilde, welches aus mehreren Personen besteht, im Verkehr nicht unter einer Bezeichnung, sondern im Namen seiner Mitglieder aufträte, so könnte der Rechtsverkehr in dieser Vereinigung keine Körperschaft erblicken.

An anderer Stelle ³⁾ begnügt sich das RG allerdings mit dem Hinweis, das wesentliche Merkmal des Vereins sei die körperschaftliche Verfassung. In RGZ 165, 143 sagt es, daß aus der Beschränkung der Mitgliederzahl kein Anzeichen für das Vorliegen einer bürgerrechtlichen Gesellschaft herzuleiten sei, die körperschaftliche Struktur, die Benennung und die Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder würden vielmehr das Wesen der Körperschaft begründen. Damit verzichtet das RG

1) RGZ 60, 99; 165, 143; RG in Seuff. Arch. 62, 169.

2) BGH RdA 1952, 159 Nr. 37; ebenso RGRK-BGB Anm. 2 zu § 34; Enneccerus-Nipperdey S. 621; Lehmann Allgemeiner Teil S. 414.

3) RG LZ 1922, 22.

auf die Merkmale der Dauer und des gemeinsamen Zweckes. Ebenso erklärt das RG in JW 1906, 452, mit Rücksicht auf den Willen der Gründer, sei die Möglichkeit des Mitgliederwechsels nicht unbedingt erforderlich. Man sieht also, daß das RG sich nicht auf bestimmte Kriterien festlegen will, sondern einmal das eine und dann wieder das andere Merkmal hervorhebt. Das RG gibt daher keine fest umrissene Definition des Vereinsbegriffs.

Die Schwierigkeiten, die sich vorwiegend bei der Definition der Körperschaft bzw. des Vereins ergeben, liegen in folgendem Umstand begründet: Gemäß § 54 Satz 1 BGB ist der nicht rechtsfähige Verein dem Gesellschaftsrecht unterstellt. Das bedeutet, daß er nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich wie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgebaut und behandelt werden soll. Will man dem Verein nun seine typische Form geben, so muß man die weitgehend dispositiven Vorschriften über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft abändern. Andererseits kann aber auch die BGB-Gesellschaft diese Normen durch Gesellschaftsvertrag abändern und sich so eine dem nicht rechtsfähigen Verein angepaßte Gestalt geben. Nach § 710 BGB kann ein dem Vorstand des Vereins vergleichbarer, mit allen Vollmachten ausgestatteter, Geschäftsführer bestellt werden, der den in der Gesellschafterversammlung vereinigten übrigen Gesellschaftern verantwortlich ist. Diese stimmen dann möglicherweise nach dem Mehrheitsprinzip ab. Gemäß § 723 Abs. I BGB kann die Gesellschaft auf Dauer eingegangen werden. Die §§ 727, 728 BGB können Abbedungen werden, so daß weder Tod noch Konkurs eines Gesellschafters die Gesellschaft auflösen. Im Gesellschaftsvertrag kann die Aufnahme weiterer Mitglieder gestattet werden. Ferner kann die Gesellschaft auch einen Namen annehmen¹⁾. Man kann also der Meinung des RG ganz einfach damit begegnen, daß man sagt, alle diese Merkmale könnten auch bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft vorliegen²⁾. Daher könnten sie keine zuverlässigen und charakteristischen Kennzeichen für den Verein sein.

1) RGRK-BGB Anm. 4 vor 705; v. Gierke, Vereine S. 10.

2) Geiler LZ 1911, 507; v. Gierke, Vereine S. 11; Bayer, Diss. S. 38; Gaerths S. 15; Saß S. 23.

Das RG ¹⁾ hat dieser Argumentation damit Rechnung zu tragen versucht, daß es sagte, der Wechsel der Mitglieder müsse naturgemäß und nicht kraft besonderen Ausnahmerechts möglich sein. Dieser Kunstgriff führt aber nur beim rechtsfähigen Verein zum Erfolg und darf daher keine Allgemeingültigkeit beanspruchen; denn bei diesem wechseln die Mitglieder tatsächlich nicht auf Grund einer Ausnahmeregelung. Anders ist es beim nicht rechtsfähigen Verein. Bei diesem müssen laut § 54 Satz 1 BGB die für die BGB-Gesellschaft geltenden §§ 723 Abs. I, 727, 728 BGB ohnehin abgeändert werden, damit überhaupt ein Verein entstehen kann. Diese Sonderregelung ist aber immer Ausnahmerecht; denn es beruht auf besonderer Vereinbarung. Auf diese Weise konnte das RG daher nicht zum Ziel gelangen.

Diese Frage schiene am einfachsten gelöst zu werden, indem man allein auf den Willen der Gründer abstellen würde. Wollten die Gründer einen Verein errichten, würde ein Verein, wollten sie eine Gesellschaft, würde eine Gesellschaft entstehen. Doch scheitert diese Methode an dem Problem, den Willen der Gründer zu erforschen und auszulegen ²⁾. Bei Willenserklärungen kommt es immer darauf an, wie sie ein Dritter verstehen muß (§§ 133, 157 BGB). Der innere Wille, der nicht nach außen verständlich gemacht wird, ist unbeachtlich. Diesen Willen kann man aber nur ergründen, indem man feststellt, wie die Vereinigung an die Öffentlichkeit tritt. Geht man von den so gefundenen Anhaltspunkten aus, so muß man werten, welche für die Annahme eines Vereins sprechen und welche nicht. Das Problem wird aber so um kein Stück vorangetrieben; denn auch da müßte man sich zunächst über die entscheidenden äußeren Kriterien einigen.

Alle diese Schwierigkeiten haben dann Gierke ³⁾ dazu veranlaßt, als entscheidendes Kennzeichen eine dem Gesamtinhalte nach als

1) RGZ 60, 99.

2) Erman-Westermann Anm. 2 zu § 54.

3) v. Gierke, Vereine S. 11; im Anschluß daran Stoll, RG-Festgabe S. 55; Hueck, GesR. S. 6; Schultze v. Lasaulx, Festschrift S. 5; Heberlein S. 30; Siehr S. 53.

Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung zu betrachten. Ein Verband sei ein Verein, wenn er so organisiert sei, daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganzes gegenüber trete und im Verkehr als solches sich gebe und genommen werde. Ähnliches hat dann auch das RG in LZ 1922, 23 angenommen. Letztlich scheint also die einzig mögliche Lösung zu sein, auf das Gesamtbild der Vereinigung abzustellen. Dazu kann man die oben erwähnten Merkmale, wie Unabhängigkeit im Bestand vom Wechsel der Mitglieder, Gesamtname, Dauer etc. als Indizien heranziehen. Liegen sie alle vor, so muß man regelmäßig auf das Vorliegen einer Körperschaft schließen. Diese Methode soll mithin auch im folgenden angewandt werden.

Gemäß diesen Grundsätzen soll somit untersucht werden, ob die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH körperschaftlich organisiert, auf Dauer angelegt, unabhängig im Bestand vom Wechsel der Mitglieder sind, einen gemeinschaftlichen Zweck verfolgen und einen Gesamtnamen führen und somit in ihrer Gesamterscheinung als einheitliches Gesamtgebilde, als Körperschaft, anzusehen sind.

bb.) Zuerst wäre also festzustellen, ob die Gründungsgesellschaft eine körperschaftliche Verfassung aufweist.

Wesen einer solchen Struktur ist, daß eine Mehrheit von Personen als Einheit im Rechtsverkehr auftritt und handelt und daß diese Personenmehrheit einen Gesamtwillen bilden kann, der dieser Einheit zuzurechnen ist und als Wille dieses Rechtsgebildes nach außen in Erscheinung tritt. Die Bildung dieses Gesamtwillens muß regelmäßig in der Form des Mehrheitsentscheidens möglich sein; denn sonst wäre dieses Gebilde funktionsunfähig.

(1.) Wie bereits ausgeführt, muß die Gründungs-Gen bereits vor der Anmeldung zur Eintragung in das Genossenschaftsregister den Vorstand und den Aufsichtsrat bestellt haben (§§ 9, 10, 11 Abs. II Ziff. 3 GenG). Sie besitzt daher schon in diesem Stadium ein Handlungsorgan, den Vorstand, und ein Überwachungsorgan, den Aufsichtsrat (§ 38 GenG). Weiterhin müssen Versammlungen der Gründer als Generalversammlung bezeichnet werden ¹⁾. Wenn sich

1) Lang-Weidmüller Anm. 4 zu § 11.

die Gründer durch das Statut dem GenG unterstellen und sich bereits für das Gründungsstadium ein Handlungsorgan schaffen, welches der Generalversammlung gemäß § 43 Abs. I GenG verantwortlich ist, so ist es nur natürlich, daß sie schon an diesem Zeitpunkt ihre Funktion als Willensbildungsorgan wahrnehmen wollen.

Schwierigkeiten bietet allein die Frage, ob und inwieweit das Mehrheitsprinzip Geltung hat. Man muß grundsätzlich davon ausgehen, daß die Mehrheit entscheidet, andernfalls wäre die Versammlung nicht arbeitsfähig. Das entspricht auch allein dem Willen der Gründer, die sich mit der Feststellung des Statuts den nach der Eintragung durch das Gesetz vorgeschriebenen Grundsätzen unterwerfen wollen ¹⁾.

Fraglich ist allerdings, ob auch das Statut schon mit qualifizierter Mehrheit geändert werden kann. Gemäß § 11 Abs. II Ziff. 1 GenG muß das Statut bei der Anmeldung der Gen zum Genossenschaftsregister von allen Gründern unterschrieben und somit von allen genehmigt vorgelegt werden. Damit ist das Statut in seiner endgültigen Form gemeint ²⁾. Wird es vor der Eintragung noch einmal abgeändert, so kommt dies insofern einer erneuten Festsetzung gleich; denn nur die letzte Fassung ist für die Anmeldung zum Register maßgebend. Da aber alle Gründer das Statut unterzeichnen und somit zustimmen müssen, wird man, ebenso wie bei der erstmaligen Feststellung des Statuts, nur einen einstimmigen Beschluß zulassen dürfen ³⁾. § 16 GenG, welcher für die Abänderung des Statuts eine qualifizierte Mehrheit zuläßt, gilt nur für die eingetragene Gen. Dies geht eindeutig aus dem Wortlaut der Vorschrift hervor ⁴⁾, die in § 16 Abs. III GenG Anmeldung und Eintragung des Beschlusses im Genossenschaftsregister verlangt.

1) Waldecker S. 71; Bernauer S. 18

2) KGJ 25 A 265, wonach nur das abgeänderte Statut nach § 10 GenG in das Genossenschaftsregister eingetragen werden muß.

3) Meyer-Meulenbergh Anm. 1 zu § 5; Waldecker S. 11.

4) KGJ 25 A 265; Waldecker S. 111, besonders Fußnote 4.

Anderer Meinung ist allerdings Deumer ¹⁾, welcher dafür eintritt, die Satzung bereits durch Mehrheitsbeschluß zu ändern. Dem ist jedoch nicht beizutreten. Da die Aufstellung des Statuts, mag man sie als Vertrag oder Gesamttakt ansehen, der Vorgang ist, auf dem sich die spätere juristische Person gründet, könnte die Zulassung eines Majoritätsbeschlusses bereits zu diesem Zeitpunkt einem Zwangsbeitritt gleichkommen. Der überstimmte Gründer hatte die Mitgliedschaft in der Gründungs-Gen bereits mit dem erstmaligen Aufstellen des Statuts erworben. Würde dieses ohne seine Zustimmung vor der Eintragung geändert, und müßte er sich diesem Beschluß beugen, so wäre er einer Gemeinschaft beigetreten, in welche er möglicherweise niemals hätte eintreten wollen. Das kann aber nicht richtig sein. Ein im Gründungsstadium überstimmte Genosse braucht folglich nicht ein auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses geändertes Statut zu unterzeichnen ²⁾. Hat er aber das Statut nicht unterzeichnet, liegen die in § 11 Abs. II Ziff. 1 GenG niedergelegten Voraussetzungen für die Eintragung der Gen nicht vor, weil die Unterschrift eines Gründers fehlt. Die Gen könnte mithin nicht eingetragen werden. Daher ist ein einstimmiger Beschluß zur Satzungsänderung erforderlich.

Kuhn ³⁾ will aus § 16 Abs. I GenG ein Argument für die Zulassung des Mehrheitsprinzipes bei Änderung des Statuts im Gründungsstadium gewinnen. Er meint, diese Vorschrift behandle die Abänderung vor und nach der Eintragung der Gen einheitlich. Jedoch muß Kuhn einräumen, daß, da das Statut der Schriftform bedarf (§ 5 GenG), die bis zur Eintragung beschlossenen Änderungen von allen Gründergenossen zu unterzeichnen sind. Das ist aber, wie soeben aufgezeigt, ein Widerspruch in sich. Wenn alle Gründergenossen das Statut unterzeichnen müssen, so müssen sie es auch einstimmig beschlossenen haben. Die Auffassung von Kuhn ist daher abzulehnen.

1) Deumer S. 67.

2) Waldecker, Lehrbuch S. 71 Fußnote 2.

3) Kuhn WM 1956 Sonderbeilage 5, S. 7.

Die Änderung des Statuts ist folglich im Gründungsstadium nur auf Grund einstimmigen Beschlusses zulässig. Im übrigen sind Mehrheitsbeschlüsse, welche andere Gegenstände als die Satzung betreffen, statthaft. Insoweit regiert der Mehrheitswille uneingeschränkt. Da die Gründungs-Gen mithin ein Handlungsorgan und ein hinsichtlich der für die Gesellschaft bedeutsamen Entscheidungen funktionsfähiges Willensbildungsorgan hat, ist sie körperschaftlich organisiert.

(2.) Bei der Gründungs-GmbH verhält es sich entsprechend. Auch sie muß bereits vor der Eintragung ihr Handlungsorgan, die Geschäftsführer, gemäß §§ 6 Abs. II, Abs. III, 7 Abs. I, 78, 8 Abs. I Ziff. 2, Ziff. 1 GmbHG berufen haben; denn diese haben die Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden und müssen somit bereits bestellt sein. Ebenso ist die Zusammenkunft der Gründer als Gesellschaftsversammlung zu betrachten ¹⁾. Das ergibt sich auch aus § 6 Abs. II, Satz 2 GmbHG ²⁾, wonach die Geschäftsführer von der Gründerversammlung nach der für die eingetragene GmbH geltenden Vorschriften des dritten Abschnittes des GmbHG bestellt werden können, sofern das noch nicht im Gesellschaftsvertrag geschehen ist. Auf dieser gilt dann gemäß § 6 Abs. II Satz 2, 47 Abs. I GmbHG das Mehrheitsprinzip. Wenn aber eine der wichtigsten Befugnisse, die der Gesellschaftsversammlung im Gründungsstadium zusteht, die Wahl der Geschäftsführer, mit Mehrheitsbeschluß entschieden wird, so muß dies auch für die anderen Fragen gelten. Daher gilt das Majoritätsprinzip bereits vor der Eintragung der Gesellschaft ³⁾.

Anderer Meinung ist allerdings Hachenburg ⁴⁾, welcher Mehrheitsbeschlüsse für diesen Zeitraum grundsätzlich ablehnt. Denn die korporative Verfassung gelte erst für die Zeit nach der Eintragung. Diese Begründung wurde bereits oben abgelehnt. Vor-

1) RJA 11, 212.

2) Bayer JZ 1952, 552 1. Sp.

3) Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11; Scholz 14 zu § 2; Fischer in Großkomm AktG Anm. 12 zu § 22; Feine S. 206; Bayer JZ 1952, 553 1. Sp.; Bayer, Diss. S. 31; Reinecke S. 33; v. Bismarck S. 73.

4) Staub-Hachenburg Anm. 8 zu § 11; ebenso Scholz Anm. 14 § 2; Haacke S. 59.

liegend kommt ferner hinzu, daß das GmbHG selbst in § 6 Abs. II die Bestellung der Geschäftsführer nach den §§ 35 ff GmbHG fordert. Der Ansicht Hachenburgs kann daher nicht gefolgt werden.

Satzungsänderungen müssen allerdings von dieser Regel ausgenommen werden. Solche sind selbst bei einer eingetragenen GmbH nur mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zulässig (§ 53 Abs. II GmbHG). Jedoch auch diese qualifizierte Mehrheit genügt im Gründungsstadium nicht, da nach § 8 Abs. I Ziff. 1 GmbHG der endgültige Gesellschaftsvertrag dem Registergericht, von allen Gründern unterzeichnet, vorzulegen ist. Der Gesellschaftsvertrag kann somit ebenso wie das Statut nur einstimmig beschlossen werden. Dieses Prinzip gilt aus den früher erwähnten Gründen auch für die Änderung des Gesellschaftsvertrages. Folglich können Satzungsänderungen im Gründungsstadium nur einstimmig erfolgen ¹⁾.

Johst ²⁾ und Steimel ³⁾ wollen indes im Anschluß an Schreiber ⁴⁾ bereits zum jetzigen Zeitpunkt Satzungsänderungen mit qualifizierter Mehrheit zulassen. Das findet seine Erklärung darin, daß alle drei das Recht der eingetragenen GmbH bereits auf die Gründungs-GmbH anwenden wollen, soweit dieses nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Sie übersehen jedoch dabei, daß im Gründungsstadium vor allem die Vorschriften des § 8 Abs. I Ziff. 1 GmbHG gilt. Danach müssen alle Gründer den Gesellschaftsvertrag unterzeichnen. Einen nicht von allen Gründern unterschriebenen Vertrag muß der Registerrichter zurückweisen ⁵⁾. Diese Vorschrift geht aber den Vorschriften, welche sich auf die eingetragene GmbH beziehen, kraft Spezial-

-
- 1) Brodmann, GmbHG anm. 2 zu § 11; Scholz Anm. 14 zu § 2; Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11; Fischer in Großkomm AktG. 12 zu § 22; Feine S. 207; Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5, S. 7; Könnecke S. 38; Reinecke S. 33; v. Bismarck S. 74.
- 2) Johst S. 73.
- 3) Steimel S. 62.
- 4) Schreiber S. 73.
- 5) Scholz Anm. 14 zu § 2.

tät vor. Daher sind Satzungsänderungen mit qualifizierter Mehrheit im Gründungsstadium unzulässig. Die Auffassungen Steimels und Johsts sind mithin abzulehnen.

Soweit es sich jedoch nicht um Satzungsänderungen handelt, sind Mehrheitsbeschlüsse statthaft. Da die Gründungs-GmbH folglich ein funktionsfähiges Willensbildungsorgan hat und somit einen Gesamts Willen zu bilden vermag und ferner auch ein Handlungsorgan besitzt, ist sie körperschaftlich organisiert.

cc.) Nächste Voraussetzung ist, daß die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH auf Dauer angelegt sind.

(1.) Zunächst hat es den Anschein, als ob Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH nur dazu bestimmt seien, ihre Eintragung herbeizuführen, um dann mit der Eintragung wegen Zweckerreichung unterzugehen. Wäre es wirklich so, dann läge hier das typische Beispiel einer Gelegenheitsgesellschaft im Sinne der §§ 705 ff BGB vor, bei der sich die Gesellschafter zur Erreichung eines einmaligen Zweckes verbunden hätten. Die Annahme einer Körperschaft müßte ausscheiden.

Wäre das aber der Fall, so müßte naturgemäß auch die Wirkung des Statuts bzw. des Gesellschaftsvertrags erlöschen; denn da der Gesellschaftszweck erreicht wäre, hätte auch die zugrundeliegende Satzung ihre Geltungskraft verloren. Sie wäre unwirksam geworden ¹⁾. Dem GenG und GmbHG ist indes gerade das Gegenteil zu entnehmen. Danach soll das Statut bzw. der Gesellschaftsvertrag das Grundgesetz der eingetragenen juristischen Person sein. Statut und Gesellschaftsvertrag entfalten somit erst nach der Eintragung ihre wesensgemäße Bedeutung. Sie treten nicht mit der Eintragung der Gesellschaft außer Kraft, sondern gelten von ihrer Feststellung an uneingeschränkt. Mithin

1) Einen Ausweg würde nur die Annahme einer aufschiebend bedingten Satzung bieten. Diese wurde aber bereits in Kapitel IV 2 2) a) abgelehnt.

kann auch das durch das Statut bzw. den Gesellschaftsvertrag geschaffene Rechtsgebilde nicht nach der Eintragung der Gen bzw. der GmbH untergehen. Es muß auch nach der Eintragung fortbestehen. Demzufolge sind Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH keine vorübergehenden, sondern dauerhafte Vereinigungen. Der Gedanke, daß die Gründungsgesellschaft und die spätere eingetragene Gesellschaft nicht zwei verschiedene, sondern ein und dasselbe Gebilde sind, hat seinen Niederschlag in der sog. Identitäts- bzw. Einheitstheorie gefunden, welche vor allem vom RG ¹⁾ in ständiger Rechtsprechung vertreten wurde, aber auch in der Literatur ²⁾ zahlreiche Anhänger fand. Sie besagt, daß die Gründungsgesellschaft und die daraus entstandene juristische Person identisch seien, auch wenn die letztere durch die Eintragung rechtsfähig geworden sei. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit bewirke nicht das Entstehen eines neuen Gebildes, sondern bedeute nur den Erwerb einer zusätzlichen rechtlichen Eigenschaft.

Entscheidendes Argument für die Identitätstheorie ist, daß die Rechtsfähigkeit eine Eigenschaft der Gründungsgesellschaft ist. Die Vereinigung ändert sich zwar mit der Eintragung hinsichtlich ihrer Eigenschaften, aber nicht bezüglich ihrer sozialen Existenz. Sie erwirbt bloß eine weitere Eigenschaft, die Rechtsfähigkeit, hinzu. Das Umgekehrte geschieht zum Beispiel,

1) RGZ 82, 290; 85, 259; 105, 229; 143, 372; 151, 91.

2) Düringer-Hachenburg Bd. III, 1 Anm. 12 zu § 200; Staub Anm. 1 zu § 11; Groschuff Anm. 1 zu § 11; Liebmann-Sänger Anm. 1 zu § 11; Hachenburg-Schilling Anm. 1 zu § 11; Scholz Anm. 8 zu § 11; Erman-Westermann Anm. 4 zu § 21; Staudinger-Coing Anm. 34 zu § 21; RGRK-BGB Anm. 6 zu 21; Soergel-Siebert Anm. 30 vor § 21; Waldecker, Lehrbuch S. 110; Deumer S. 73; Feine S. 201; Schreiber S. 35; Müller-Erzbach S. 188; Schumann § 42 IV 2; Lange S. 181; Breitbach S. 104; v. Gierke, Vereine S. 9; Waldecker Gruch 59, 965; Kalter KTS 55, 40; Scholz GmbHRdsch 1956, 4; Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5 S. 13; Haberkorn BB 62, 1411 und MDR 62, 351; Skrotzki KTS 62, 138; Heberlein S. 36; Saß S. 34; Wilke S. 53; Könnecke S. 57; Hagemann S. 31; Weyrich S. 31; Haacke S. 38; Siehr S. 60; Reinecke S. 17; v. Bismarck S. 38; Zülch S. 21.
A.M.: Brodmann, GmbHG Anm. 1 zu § 11; Cosack S. 76; Enneccerus-Nipperdey S. 650; Horn NJW 1964, 86.

wenn dem rechtsfähigen Verein gemäß § 43 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen wird. Der Verein verliert zwar die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit, besteht aber trotzdem als nicht rechtsfähiger Verein fort. Keineswegs entsteht ein neuer nicht rechtsfähiger Verein ¹⁾.

(2.) Diese Theorie ist vor allem von Brodmann ²⁾ heftig befehdet worden. In letzter Zeit hat auch Horn ³⁾ gegen sie Stellung genommen. Der Anlaß für den Meinungsstreit liegt in folgendem: Die Vertreter der Identitätstheorie stellen auf die Gründungsgesellschaft als soziales Gebilde ab, während ihre Gegner den Wechsel der Rechtsform in den Vordergrund stellen und sagen, daß eine nicht rechtsfähige Vereinigung und eine rechtsfähige nicht identisch sein könnten.

Die Kritik von Brodmann und Horn ist nur insoweit berechtigt, als daß sie an dem Ausdruck "Identitätstheorie" Anstoß nehmen. Im übrigen gehen sie am Kern der Sache vorbei. Die Gründe, die dafür sprechen "Identität" zwischen Gründungsgesellschaft und juristischer Person anzunehmen, werden von ihnen nicht widerlegt.

Horn ⁴⁾ führt dazu aus, eine Identität zwischen zwei im Grunde doch als verschieden erkannten und auch verschieden benannten Rechtsgebilden sei nach den elementaren Grundsätzen der Logik ausgeschlossen: A könne niemals mit non a identisch sein, sondern immer nur mit sich selbst. Zuzugeben ist, daß der Begriff "Identitätstheorie" insofern nicht gerade zutreffend ist. Es ist in der Tat unlogisch, daß zwei Gebilde miteinander identisch, d.h. ein- und dasselbe sein sollen. Doch kann man dieses Bedenken, wie auch Horn ⁵⁾ zugibt, dadurch beseitigen, daß man statt

1) Erman-Westermann Anm. 1 zu § 41; Staudinger-Coing Anm. 14 zu § 41; v. Gierke, Vereine S. 9.

2) Brodmann, GmbHG Anm. 1 zu § 11.

3) Hoen NJW 1964, 86.

4) Horn NJW 1964, 89.

5) Horn NJW 1964, 89.

"Identitätstheorie" "Einheitstheorie" sagt. Andererseits hat sicher aber der Begriff "Identitätstheorie" so eingebürgert, daß man es bei ihm belassen sollte, wohl wissend, daß es sich dabei nur um ein einziges Rechtsgebilde handelt. Ein Argument gegen die Identitätstheorie läßt sich indes nicht daraus herleiten. Mit Recht bezeichnet Dilcher ¹⁾ diese Aussage Horns als logische Spielerei.

Brodmann ²⁾ wendet sich vor allem gegen die Entscheidung RGZ 82, 290, wo das RG ausführt, die Gleichheit ergebe sich namentlich daraus, daß die für die werdende Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Zeitabschnitt der Gründung entstandenen Rechte und Pflichten ohne weiteres auf die eingetragene GmbH übergingen. Hier ist Brodmann Recht zu geben, denn der Übergang von Rechten und Pflichten kann nur die Folge der Identität sein, kann sie aber nicht begründen. Man wird indes dem RG hier zugute halten müssen, daß es sich nicht ganz korrekt ausgedrückt hat. Bereits in der folgenden Entscheidung RGZ 105, 229 gibt es nämlich diese Formulierung auf und kehrt zur üblichen Begründung zurück. Man kann also nicht, wie Brodmann, auf Grund dieser einen Entscheidung die Identitätstheorie ablehnen; vielmehr muß man die Frage der Identität und die nach dem Übergang von Rechten und Pflichten auf die eingetragene Gesellschaft grundsätzlich auseinanderhalten. Daher ergibt sich hieraus für die Ansicht Brodmanns kein Argument.

Der andere Vorwurf, den Brodmann ³⁾ dem RG macht, daß der Gedanke eines der Substanz nach identischen, nur in der Gestaltung wechselnden Träger von Rechten und Verbindlichkeiten auf einer unangebrachten und dabei unfruchtbaren Metaphysik beruhe, wird bereits durch die obigen Ausführungen widerlegt. Es hat nichts mit Metaphysik zu tun, wenn man ein Rechtsgebilde und seine verschiedenen Eigenschaften voneinander unterscheidet

1) Dilcher JuS 1966, 92.

2) Brodmann, GmbHG Anm. 1 zu § 11.

3) Brodmann, GmbHG Anm. 1 zu § 11.

und das Rechtsgebilde gesondert von seinen Eigenschaften betrachtet und untersucht. Brodmanns Einwände sind daher nicht stichhaltig.

Horn ¹⁾ verfällt in den gleichen Fehler wie Brodmann. Er verquickt die Frage nach dem Übergang von Rechten und Pflichten mit der Frage der Einheit von Gründungsgesellschaft und juristischer Person. So kommt er zu dem Schluß, daß, weil das RG in verschiedenen Fällen nicht den Übergang eines Vertrages auf die eingetragene Gesellschaft anerkannt habe, auch keine Identität mit der Gründungsgesellschaft vorliegen könne. Das RG hat in der Tat, soweit es den Übergang von Rechten und Pflichten angeht, den Gedanken der Einheit nie völlig durchgeführt. Dabei nimmt es jedoch keine Einschränkung der Identitätstheorie vor, sondern geht einen anderen Weg. Seiner Meinung nach, ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer aus dem Zweck der Gründungsgesellschaft auf die zur Eintragung der Gesellschaft notwendigen Rechtshandlungen begrenzt, so daß nur diese Rechtsgeschäfte die Gründungsgesellschaft verpflichten können ²⁾. Diese gehen dann auf Grund der Identität auf die eingetragene Gesellschaft über. Es findet also schließlich doch ein Übergang aller wirksam begründeten Geschäfte auf die eingetragene Gesellschaft statt. Daher ist auch die Identitätstheorie vom RG folgerichtig angewandt worden. Die Argumentation Horns ist somit unrichtig.

Nicht zu billigen ist auch die weitere Äußerung Horns, die Ausführungen des RG zur Identitätstheorie seien bloße "obiter dicta". Als Beispiel sei die Entscheidung des RG im 143. Bande S. 369 genommen. Dort ging es um die Frage, ob jemand, wenn er ein Handelsgeschäft unter Lebenden erwirbt, um es als Gesellschaftseinzuge in eine GmbH einzubringen, aus § 25 HGB für die im Betrieb des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers haftet. Das RG stellt dort zunächst fest, daß der Erwerber nicht aus der Fortführung des Geschäftes hafte, wenn er es

1) Horn NJW 1964, 87 ff.

2) RGZ 105, 229.

sofort an einen Dritten veräußert, um dann fortzufahren, daß ihn die Haftung auch nicht als Mitglied der das Handelsgeschäft erwerbenden BGB-Gesellschaft treffe, denn diese habe nur einen eng begrenzten Zweck, nämlich die Entstehung der GmbH vorzubereiten. Daraus ergebe sich auch die Begrenzung der Befugnisse der für sie als Handelnde Auftretenden und damit auch die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter, die nicht handelnd aufträten. Diese Haftung treffe nur die zukünftige GmbH, die das Geschäft fortführe. Eine Haftung des Erwerbers sei auch nicht deshalb anzunehmen, weil die Gründungsgesellschaft ein von der künftigen GmbH zu trennendes selbständiges Gebilde sei. Das sei nämlich nicht der Fall, die Gründungsgesellschaft sei nur eine rechtliche Erscheinungsform derselben Gesellschaft. Sie sei mit der GmbH wesensgleich. Aus der Gründergesellschaft werde durch die Eintragung eine GmbH, und das Vermögen der ersten werde Vermögen der zweiten (RGZ 87, 249; 134, 121). Die Identitätstheorie ist folglich im Gegensatz zur Auffassung Horns sehr wohl Entscheidungsgrundlage.

Weiterhin meint Horn ¹⁾, von einer Wesenseinheit der beiden Gebilde könne solange keine Rede sein, als man der Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht jede praktisch-juristische Bedeutung abspräche. Horn ist also der Ansicht, die Erlangung der Rechtsfähigkeit sei für die Gründungsgesellschaft so schwerwiegend und tiefgreifend, daß deshalb die Wesenseinheit nicht erhalten bleiben könnte. Solches wäre jedoch nur dann anzunehmen, wenn die Eintragung ein völlig neues, von der Gründungsgesellschaft verschiedenes Gebilde schaffen würde. Das ist aber nicht der Fall, wie oben anhand der Satzung bewiesen wurde. Obwohl der Erwerb der Rechtsfähigkeit für die Gründungsgesellschaft von entscheidender Bedeutung ist, beinhaltet er jedoch nur den Erwerb einer weiteren rechtlichen Eigenschaft und nicht mehr. Auch dieser Einwand kann nicht gegen die Identitätstheorie geltend gemacht werden.

1) Horn NJW 1964, 89 1. Sp.

Es bleibt also dabei, die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH sind auf Dauer angelegt. Sie sollen nicht nur die Eintragung der Gesellschaft herbeiführen, sondern sind gleichzeitig der Kern der zukünftigen juristischen Person.

(3.) Reinecke ¹⁾ und v. Bismarck ²⁾ bleiben ebenfalls nicht bei der hergebrachten Identitätstheorie, sondern versuchen, neue Wege zu gehen.

(a.) Nach der Meinung Reineckes, kann sich die Identität von Gründungsgesellschaft und eingetragener Gesellschaft nur aus dem Gesamterscheinungsbild im Zusammenhang mit der restlichen Ausgestaltung ergeben. Es könnten daher nur Wertungen maßgebend sein, die sich im Gesetz selbst fänden oder sonst eine objektive Grundlage hätten. So stellt er folgende drei Voraussetzungen auf:

1. Einheit der Organisation,
2. Einheit des Interesses und des Zweckes im Sinne einer homogenen Entwicklung,
3. kontinuierliche Vermehrung oder Bestand einer Vermögensmasse zu einem bestimmten einheitlichen Zweck.

Den ersten beiden Voraussetzungen kann man von dem hier vertretenen Standpunkt aus ohne weiteres zustimmen.

Da sich Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH auf Grund des Statuts bzw. des Gesellschaftsvertrages organisieren, und diese Organisation sich nach der Eintragung nicht verändert, ist damit der ersten Bedingung Rechnung getragen. Ferner will die Gründungsgesellschaft juristische Person werden und die wichtigsten Vorbereitungen für die Aufnahme des Geschäftsbetriebes treffen. Somit fördert sie bereits im Gründungsstadium den der juristischen Person zugedachten Zweck. Es liegen daher bei der Gründungsgesellschaft und der späteren juristischen Person Einheit des Interesses und Einheit des Zweckes im Sinne der homogenen Entwicklung vor.

1) Reinecke S. 17 ff.

2) v. Bismarck S. 44.

Bedenken verursacht indes die dritte der von Reinecke aufgestellten Voraussetzungen, die Gründungsgesellschaft müsse Inhaberin einer zu einem bestimmten einheitlichen Zweck zusammengetragenen Vermögensmasse sein bzw. dieselbe kontinuierlich vermehren. Danach müßte also jede Gründungsgesellschaft bereits Vermögen besitzen, um mit der späteren juristischen Person identisch sein zu können. An sich werden Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH auch sogleich mit Festsetzung der Satzung Inhaber eines Vermögens, nämlich Inhaber der Ansprüche auf Zahlung der von den Gründern versprochenen Einlagen. Dies genügt Reinecke jedoch nicht. Er verlangt vielmehr, daß die Gründer vor der Eintragung einen Teil ihrer Einlagen erbracht haben. Folge davon ist, daß er ¹⁾ bei einer Gründungs-Gen, bei der gemäß § 7 Ziff. 2 GenG die Einzahlung des Geschäftsanteils auf die Zeit nach der Eintragung verschoben ist, keine Identität annimmt. Er führt dazu aus, nur wenn bestimmt sei, daß ein Teil der Geschäftseinlage bereits im Stadium der Vorgenossenschaft zu entrichten sei, bestehe eine kontinuierliche Vermögensmasse zu einem einheitlichen Zweck, und nur in diesem Fall sei die Identität zwischen Vorgenossenschaft und eingetragener Gen zu bejahen. Seiner Ansicht nach, wäre also die Identität nur vorhanden, wenn die Gründer laut Bestimmung im Statut bereits vor der Eintragung der Gesellschaft Einzahlungen auf den Geschäftsanteil vornehmen müßten.

Reinecke ²⁾ begründet seine Ansicht damit, daß für jede gesellschaftliche Verbindung ein Vermögensträger wesentlich sei. Ohne einen solchen könne keine Organisation ihr Leben entfalten. Entscheidend für die Identität verschiedener Gebilde sei, ob der Gesetzgeber für diese Gebilde einen einheitlichen, in homogener Entwicklung befindlichen Vermögensträger für einen bestimmten einheitlichen Zweck geschaffen habe. Welcher gesetzlichen oder sonstigen objektiven Wertung Reinecke dieses Erfordernis entnehmen will, bleibt unerfindlich. Indes ist auch eine Gründungs-Gen. für welche die Stammeinlagen erst nach der Eintragung zu

1) Reinecke S. 21.

2) Reinecke S. 19.

erbringen sind, als Vermögensträger zu bezeichnen. Ihr stehen bedingte, noch nicht fällige Ansprüche gegen die Genossen zu. Da aber Reinecke auf dem Vorhandensein tatsächlicher Mittel besteht, ist seine Auffassung insoweit abzulehnen.

Bei der Gründungs-GmbH ergeben sich diese Schwierigkeiten, die aus Reineckes Auffassung folgen, nicht, da bei ihr gemäß § 7 Abs. II GmbHG ein Viertel der Stammeinlagen vor der Eintragung geleistet sein müssen, so daß sie grundsätzlich schon vor der Eintragung Vermögen in Gestalt von Bargeld oder Bankforderungen besitzt, welches zudem in der Folgezeit kontinuierlich vermehrt wird. Sie ist daher auch nach Reineckes Auffassung ¹⁾ mit der eingetragenen GmbH identisch.

Was die beiden zuerst genannten Voraussetzungen angeht, so handelt es sich letzten Endes um Merkmale, die den Identitätsbegriff der herrschenden Meinung bloß mit anderen Worten wiedergeben. Reinecke bringt daher im Grunde genommen nichts Neues. Wo er zu einer der herrschenden Ansicht entgegenstehenden Auffassung gelangt, kann ihm nicht gefolgt werden.

(b.) v. Bismarck ²⁾ lehnt schließlich die Charakterisierung der Gründungs-GmbH als Dauerverbindung vollkommen ab. Andererseits vertritt er aber auch die Identitätstheorie ³⁾. Seiner Meinung nach, sei zwar die Grundsubstanz von Gründungs-GmbH und GmbH identisch, das Moment der Dauer bleibe jedoch nur auf einzelne Elemente der Verbindung beschränkt. Das Fortbestehen nur einzelner Elemente könne aber nicht dazu berechtigen, nunmehr von einer Dauerverbindung zu sprechen. Dafür sei der Umwandlungsprozeß zu stark ausgeprägt. Die Gründungs-GmbH bestehe nach der Eintragung gerade "als Gründungs-GmbH" nicht mehr fort. Sie sei nur als Durchgangs- oder Entwicklungsstadium gekennzeichnet. Wenn Bismarck sich allerdings vor Augen halten würde, welche

1) Reinecke S. 21.

2) v. Bismarck S. 44.

3) v. Bismarck S. 38 ff; er spricht von Entwicklungsidentität.

Elemente der Gründungs-GmbH durch die Eintragung wegfallen und welche fortbestehen würden. so müßte er feststellen, daß weder Geschäftsführer noch der Aufsichtsrat noch der Gesellschaftsvertrag entfallen, daß die Gründungs-GmbH vielmehr nur die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit hinzuerwirbt. Damit steht aber fest, daß die von Bismarck aufgestellte Voraussetzung falsch ist; denn bei der Eintragung bleiben alle Elemente der Gründungs-GmbH erhalten. Der Begriff der Entwicklung beinhaltet ja gerade, daß das eine Element auf dem anderen aufbaut und keines der beiden wegfällt. Wenn das aber so ist, dann muß man die Gründungs-GmbH auch als Dauervereinigung bezeichnen. Der bloße Erwerb der Rechtsfähigkeit kann, wie bereits ausgeführt, zu keiner anderen Beurteilung führen. Bismarcks Auffassung ist mithin abzulehnen.

Es bleibt daher bei dem Ergebnis, daß die Gründungs-GmbH und die Gründungs-Gen auf Dauer angelegt sind. Somit liegt ein weiteres Merkmal des Körperschaftsbegriffes vor.

dd.) Weiterhin müßte die Gründungsgesellschaft in ihrem Bestand vom Mitgliederwechsel unabhängig sein. Dabei kommt es vor allem auf den Austritt eines Mitgliedes an, denn die Neuaufnahme kann eo ipso den Bestand der Vereinigung nicht gefährden.

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird in der Regel gemäß §§ 723, 727 BGB durch den Austritt, d. h. die Kündigung oder den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. Somit ist die BGB-Gesellschaft kein festes, sondern ein locker gefügtes Gebilde, das aus den genannten Gründen sogleich auseinanderfallen kann. Dagegen gehört zum Wesen der Korporation insbesondere eine stabile Verfassung, die nicht durch den Tod oder die Kündigung bzw. den Austritt eines Mitgliedes erschüttert werden kann.

So ist nun aufzuzeigen, daß die oben aufgezählten Beendigungsgründe bei der Gründungsgesellschaft nicht maßgeblich sind.

(1.) Bei der Gründungs-Gen ist diese Aufgabe noch verhältnismäßig einfach; denn sie hat als Personalverband kein festgelegtes Geschäftskapital, sondern steht laut § 1 GenG beliebig vielen Mitglidern offen. Sie hat eine bewegliche Kapitalziffer, so daß diese bei der Aufnahme oder dem Austritt eines Mitgliedes nicht geändert zu werden braucht. Tritt jemand der Gründungs-Gen noch vor der Anmeldung zum Genossenschaftsregister bei, so gilt er als Gründer. Gemäß §§ 5, 11 Abs. II Ziff. 1 GenG muß er das Statut unterzeichnen und wird in diesem Augenblick Mitglied der Gründungs-Gen¹⁾.

Auch der Austritt bzw. die Kündigung der Mitgliedschaft vermag die Existenz der Gründungs-Gen nicht zu beeinträchtigen. Die Gründergenossen wollen eine juristische Person errichten, die unabhängig von dem Verbleiben des einzelnen in der Vereinigung bestehen soll. Dieser Wille hat sich im Statut manifestiert und gilt somit bereits im Gründungsstadium. Der Betreffende muß die Zustimmung aller Gründergenossen erlangen und ist dann aus der Gründungs-Gen ausgeschieden. Hatte er das Statut unterzeichnet, so muß seine Unterschrift gestrichen werden. Hatte er eine Beitrittserklärung nach § 15 GenG abgegeben, so muß das Registergericht unterrichtet werden, damit es von einer Eintragung in die Liste der Genossen absieht. Verringert sich die Zahl der Gründer auf sechs, so darf das Registergericht allerdings die Gen laut § 4 GenG nicht mehr eintragen. Das ist jedoch ein Ausnahmefall, der hier keine Rolle spielt.

Schließlich wird die Gründungs-Gen auch nicht durch den Tod eines Gründers aufgelöst. Durch die Unterzeichnung des Statuts haben die Gründer den Willen bekundet, eine eingetragene Gen zu gründen und ihr auf Dauer anzugehören. Sie wollen sich damit den der eingetragenen Gen eigentümlichen Regeln unterwerfen. Ebenso wie bei der eingetragenen Gen der Tod eines Mitgliedes den Bestand der Gen unberührt lassen würde (§ 77 GenG), so soll er auch vor der Eintragung unbeachtlich sein. Die

1) BGH 27, 386; RGZ 83, 46; OLG Hamburg OLG 32. 123; Meyer-Meulenbergh Anm. 2 zu § 15; Paulick, Die eingetragene Gen § 15 I 2.

Gründer wollen von vorneherein eine von der Einzelpersönlichkeit unabhängige juristische Person schaffen. Daher löst der Tod eines Gründers die Gründungs-Gen nicht auf ¹⁾.

Die Gründungs-Gen ist daher in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ²⁾.

(2.) Bei der Gründungs-GmbH ist es dagegen sehr strittig, inwieweit bei ihr ein Wechsel der Mitglieder möglich ist. Auszuscheiden ist zuerst einmal der Fall, daß ein Mitglied der Gründungs-GmbH den zukünftigen GmbH-Anteil veräußert; denn dieser entsteht erst mit Eintragung der GmbH. Auf diesem Wege würde daher nur die Beteiligung an der GmbH und nicht die an der Gründungsgesellschaft übertragen. Der Veräußerer kann seine Stellung als Gründer also nicht in dieser Weise übertragen ³⁾. Er bliebe trotzdem Gründer ⁴⁾.

Die zu Anfang erwähnten Schwierigkeiten sind darin begründet, daß der Gesellschaftsvertrag die Höhe des Stammkapitals, den Betrag der von jedem Gesellschafter zu leistenden Einlage (§ 3 Abs. I, Ziff. 3, Ziff. 4 GmbHG) und die Unterschrift sämtlicher Gesellschafter (§ 2 Abs. I GmbHG) enthalten muß. Erklärt nun ein Gesellschafter mit Zustimmung der anderen seinen Austritt, so verringert sich sogleich das Stammkapital. Tritt ein neuer Gesellschafter ein, so muß das Stammkapital erhöht werden; denn der Beitretende muß gemäß § 3 Abs. I, Ziff. 4 GmbHG eine Stammeinlage übernehmen. Das bedeutet, daß in beiden Fällen der Gesellschaftsvertrag in notarieller oder gerichtlicher Form (§ 2 Abs. I GmbHG) geändert werden muß ⁵⁾.

1) Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11; Fischer in Großkomm AktG Anm. 13 zu § 22; Feine S. 208.

2) Deumer S. 73.

3) A.M.: Paul NJW 1947/48, 418; er sieht in dem zukünftigen Geschäftsanteil auch schon den Inbegriff der Rechtsstellung des Gesellschafters in der werdenden GmbH. Dem kann indes nicht zugestimmt werden, da die Entstehung des Geschäftsanteils durch die Eintragung der GmbH bedingt ist, und dieser somit die Gründerstellung nicht zum Inhalt haben kann.

4) Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5, S. 7.

5) BGHZ 29, 303.

Dabei ist dann von ausschlaggebender Bedeutung, ob in dieser Änderung eine Neugründung der Gesellschaft oder eine bloße Änderung des Gesellschaftsvertrages der bestehenden Gründungs-GmbH zu sehen ist. Müßte man eine Neugründung annehmen, so wäre die Gründungs-GmbH in ihrem Bestand nicht vom Wechsel der Mitglieder unabhängig, im anderen Falle bliebe sie vom Mitgliederwechsel unberührt.

Eine Neugründung nehmen Merkert ¹⁾ und Saassen ²⁾ an. Merkert führt dazu aus, die Aufhebung einer Beteiligung an einer Gründungs-GmbH bedeute eine Veränderung im Gesellschafterkreis, bei der sämtliche Beteiligte mitwirken müßten. Die Gründungs-GmbH bedürfe deshalb einer Änderung des Gesellschaftsvertrages, also einer Satzungsänderung, welche eine Um- oder genauer gesagt eine Neugründung darstelle. Dieselbe Meinung vertritt auch Saassen, welcher sagt, die Aufnahme oder Entlassung eines Mitgliedes sei nur durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages möglich, welche rechtlich als Neugründung aufzufassen sei.

Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Wenn auch die Aufnahme eines neuen Mitgliedes notariell beurkundet werden muß, so bleibt diese doch immer auf den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag bezogen. Der Vertrag bleibt bestehen, und gilt nur in abgeänderter Form fort. Das ist besonders auch bei der Berechnung der Kosten von praktischer Bedeutung. Eine Neugründung würde die nochmalige Zahlung sämtlicher Gründungskosten bedeuten, während die Änderung einzelner Vorschriften des Gesellschaftsvertrages zwar auch gerichtlich oder notariell beurkundet werden müßte, aber eine weitaus geringere Gebühr erforderte ³⁾. Ferner ist zu berücksichtigen, daß bei einer Neugründung die alte Gründungsgesellschaft aufgelöst würde. Jeder Gesellschafter hätte dann von neuem die Pflicht, ein Viertel

1) Merkert BB 1951, 322; ebenso Baumbach-Hueck, AktG Anm. 2 zu § 22.

2) Saassen S. 130.

3) Beispiel: Gemäß §§ 36 Abs. II, 32 Kost O betragen die Gebühren für die gerichtliche Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages bei einem Stammkapital von 200.000 DM, die Summe von 700 DM; bei einem Gesellschafterwechsel, bei dem die Einlage in Höhe von 10.000 DM auf den neuen Gesellschafter übertragen wird, 80 DM.

seines Kapitalanteils nach § 7 Abs. II GmbHG an die neue Gesellschaft einzuzahlen. Das wären Ergebnisse, die sicherlich nicht vom Gesetzgeber gewollt sind. So stehen auch die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur auf dem Standpunkt, daß ein Gesellschafterwechsel nur eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages bedeute ¹⁾. Schwierigkeiten bereitet indes der Fall, daß Ein- und Austritt eines Gesellschafters nach der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister erfolgen sollen. Ein derartiger Mitgliederwechsel ist ausgeschlossen, da er notwendigerweise eine Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals mit sich brächte und damit die Änderung des Gesellschaftsvertrages. Dieser muß aber während des Anmeldeverfahrens verändert bleiben.

Ein solcher zeitweiser Ausschluß des Mitgliederwechsels ist indes völlig unschädlich, denn er ändert nichts an der Tatsache, daß das Bestehen der Gründungs-GmbH grundsätzlich vom Mitgliederwechsel unabhängig ist.

Bei Tod eines Gesellschafters gelten die bei der Gründungs-Gemachten Ausführungen. Die Gründungs-GmbH bleibt bestehen ²⁾.

Es kann folglich festgestellt werden, daß auch die Gründungs-GmbH in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist. Nur wenn die Zahl der Gesellschafter unter zwei fallen würde, könnte die Gesellschaft nicht mehr eingetragen werden. Dieser Ausnahmefall braucht hier aber nicht in Erwägung gezogen zu werden.

In der Literatur findet man zu dieser Frage unterschiedliche Stellungnahmen. Haacke ³⁾ lehnt jeden Mitgliederwechsel im Gründungsstadium ab, weil sonst das Stammkapital erhöht oder

1) BGH 29, 303; KGJ 51, 133; Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11; Baumbach-Hueck, GmbHG Anm. 2 vor § 1; Fischer in Großkomm AktG Anm. 12 zu § 22; Bayer JZ 52, 554 1. Sp.; Johst S. 56; v. Bismarck S. 74 Fußnote 4.

2) RGZ 82, 290; Brodmann, GmbHG Anm. 2 zu § 11; Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11.

3) Haacke S. 54.

verringert werden müßte und dies eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeute. Diese Auffassung ist nach dem oben Gesagten abzulehnen. In gleicher Weise ist auch Pinner ¹⁾ gegen die Möglichkeit des Mitgliederwechsels im Gründungsstadium. Andererseits läßt er jedoch im übrigen eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages bei Einstimmigkeit der Gesellschafter zu. Warum dann aber nicht auch einstimmig ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden kann, ist unerfindlich. v. Bismarck ²⁾ ist ebenfalls der Auffassung, die Gründungs-GmbH sei vom Mitgliederwechsel abhängig; er fährt aber dann im nächsten Satz fort, ein Wechsel der Mitglieder sei zwar möglich, bilde jedoch die Ausnahme. Damit widerlegt sich Bismarck selbst; denn ob ein solcher Wechsel tatsächlich häufig vorkommt oder nicht, hat nichts mit der Frage zu tun, ob er rechtlich gesehen möglich ist.

Feine ³⁾ meint allen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, indem er auf die Identität von Gründungs-GmbH und eingetragener GmbH verweist. Diese sichere den Mitgliederwechsel, so daß zwar im Gründungsstadium der Mitgliederwechsel zeitweilig ausgeschlossen sei, aber nicht während des übrigen Bestehens der GmbH. Der Ansicht Feines ist entgegenzuhalten, daß es hier gerade auf die Möglichkeit des Mitgliederwechsels im Gründungsstadium ankommt. Daß dieser später möglich ist, hat hier keine Bedeutung, denn es steht ja noch gar nicht fest, ob es überhaupt zur Eintragung der GmbH kommt.

Heberlein ⁴⁾ dagegen sieht im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung in der erneuten Beurkundung nur eine den Mitgliederwechsel erschwerende und die Zustimmung aller Gesellschafter erheischende Form, die aber, ebenso wie bei der eingetragenen GmbH, den Korporationscharakter nicht beeinträchtigen könnte.

1) Staub-Pinner Anm. 4 zu § 188.

2) v. Bismarck S. 44.

3) Feine S. 200, Fußnote 26; ebenso Klaar S. 70; Bayer Diss. S. 39; Dregger S. 70.

4) Heberlein S. 28.

Obwohl also beim Ein- und Austritt von Mitgliedern ein einstimmiger Beschluß vorliegen muß, findet keine Neugründung der Gesellschaft statt. Die Gründungs-GmbH ist daher in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig.

Abschließend läßt sich feststellen, daß die sich bei der Gründungs-GmbH im Vergleich zur Gründungs-Gen ergebenden größeren Schwierigkeiten, wie bereits aus der Darstellung hervorgeht, in dem unterschiedlichen Aufbau von Personal- und Kapitalverband begründet sind. Während die Gründungs-Gen gerade auf Mitgliederzuwachs und Mitgliederwechsel angelegt ist, steht bei der Gründungs-GmbH die in der Satzung festgelegte, unbewegliche Kapitalziffer im Vordergrund. Die Änderung des Stammkapitals erfordert eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Bei der Gründungs-Gen braucht dagegen nur die Satzung unterschrieben zu werden bzw. der Betreffende zum Beitritt zugelassen zu werden. Letztlich kommt man aber bei beiden Gesellschaften zu gleichen Ergebnis.

ee.) Schließlich bleibt noch zu fordern, daß Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH einen allen Mitgliedern gemeinsamen Zweck verfolgen und einen Gesamtnamen haben.

Gemeinsamer Zweck aller Gründer ist es, eine eingetragene Gen bzw. eine GmbH zur Entstehung zu bringen und nach deren Eintragung als Mitglied der entstandenen juristischen Person deren Ziele zu fördern. Dieser Wille ist in der Satzung niedergelegt. Die Gründer haben daher einen gemeinsamen Zweck.

Weiterhin wird der Gründungsgesellschaft von der h.M. ¹⁾ auch das Recht gegeben, einen Gesamtnamen zu führen. Ebenso wie es eine Firma in Liquidation gibt, ist auch eine Firma in Gründung zuzulassen. Jedenfalls wird man der Gründungsgesellschaft grundsätzlich dieses Namensrecht nicht absprechen dürfen; denn die Vereinigung einer wechselnden Vielheit von Personen kann als

1) Fischer in Großkomm AktG Anm. 7 zu § 22; Feine S. 202; Schreiber S. 67; Bernauer S. 15; Wilke S. 49; Bayer Diss. S. 55, 73.

solche nur dann nach außen hin in Erscheinung treten, wenn ihr eine Bezeichnung beigelegt ist, die in erkennbarer Weise die Mitglieder zu einem Ganzen zusammenschließt und zugleich geeignet ist, das Rechtsgebilde von gleichartigen zu unterscheiden ¹⁾.

Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH verfolgen somit einen allen Mitgliedern gemeinsamen Zweck, haben einen Gesamtnamen, verfügen über eine körperschaftliche Struktur, sind auf Dauer angelegt und in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig. Sie sind somit Körperschaften, da sie als einheitliches Ganzes ihren Mitgliedern gegenüberreten und im übrigen alle der Körperschaft wesentlichen Merkmale aufweisen.

c.) Da auch die Satzung mit der Gründung bereits in Kraft getreten ist und sie, wie oben beschrieben, die wesentlichen Merkmale der eingetragenen Gen und der GmbH bereits im Gründungsstadium so festlegt, daß deren Gestalt schon jetzt erkennbar hervortritt, sind die oben aufgeführten Voraussetzungen sämtlich gegeben. Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH sind folglich bereits vor der Eintragung als fertige Typen der eingetragenen Gen und der GmbH entstanden.

- 3.) Fraglich ist nun, ob die Vorschriften des GmbH- und GenG auf die Gründungsgesellschaft anwendbar sind:

Wenn die Gründungs-GmbH und die Gründungs-Gen den eingetragenen Gesellschaften in ihrer Struktur so nahekommen und wenn feststeht, daß das Gesetz keine spezielle Regelung für diese Gebilde *sui generis* enthält, dann ist es zulässig, diese Lücke durch Bestimmungen auszufüllen, die ihrer Zwecksetzung nach geschaffen sind, derartige Interessenkonflikte zu regeln. Das aber sind die jeweiligen Vorschriften des GmbH- und des GenG.

1) RGZ 78, 102/3.

Es wird also jede einzelne Bestimmung des GmbHG und des GenG daraufhin zu untersuchen sein, ob sie ihrer ratio nach auf die Gründungsgesellschaft anwendbar ist. Dabei ist allerdings schon vorab zu bemerken, daß Normen, die die Eintragung bzw. die Rechtsfähigkeit voraussetzen, nicht in Frage kommen, weil der Gesetzgeber hier ausdrücklich den Geltungsbereich auf die Zeit nach der Eintragung beschränkt hat.

Inwiefern die Eintragung in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister im übrigen Auswirkungen auf das auf die Gründungsgesellschaft anzuwendende Recht zeitigt, soll im nächsten Abschnitt geprüft werden.

V. Die Bedeutung der Registereintragung.

Die soeben diskutierte Anwendung des Rechts der GmbH und der Gen auf die Gründungsgesellschaft könnte allerdings möglicherweise an der besonderen Bedeutung der Eintragung scheitern. Das wäre dann der Fall, wenn der Gesetzgeber die Eintragung als unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschriften angesehen hätte.

Ein solches Hemmnis wäre die Eintragung dann, wenn sie ausschließlich konstitutiver Natur wäre. Das würde bedeuten, daß der Gesetzgeber die Geltung des gesamten GmbHG bzw. GenG auf die Zeit nach der Eintragung bestimmt hätte, daß also jede Bestimmung die Eintragung oder die Rechtsfähigkeit voraussetzen würde.

Anders wäre es aber dann, wenn die Eintragung auch deklaratorische Züge hätte. In diesem Fall wäre es denkbar, daß insoweit Normen des Rechts der GmbH oder der Gen schon vor der Eintragung Geltung erlangen könnte.

Es gilt also zu untersuchen, welchen Charakter die Register-eintragung hat.

1. Konstitutive und deklaratorische Wirkung der Eintragung.

Bei dem hier zu untersuchenden Staatshoheitsakt, der Eintragung in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister, handelt es sich um einen Akt, der erst im Zusammenhang mit einem privaten Rechtsgeschäft, dem Gesellschaftsvertrag bzw. dem Statut, zustande kommt. Es liegt also kein isolierter Staatsakt vor, welcher von der rechtsgeschäftlichen Mitwirkung privater Dritter unabhängig wäre, wie es zum Beispiel beim Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren (vgl. § 90 ZVG) der Fall ist.

Die Wirkungen eines solchen, von der Mitwirkung Dritter abhängigen, Hoheitsakts können sowohl konstitutiver als auch deklaratorischer Natur sein, d.h. einmal schafft der Staatsakt ein neues Rechtsverhältnis oder bewirkt einen rechtlichen Erfolg (konstitutiv = rechtserzeugend) und einmal verlautbart er nur die bereits durch das private Rechtsgeschäft eingetretene rechtliche Wirkung (deklaratorisch = rechtsbekundend)²⁾. So hat zum Beispiel die Eintragung der Abtretung einer Forderung, die hypothekarisch gesichert ist, in das Grundbuch, konstitutive Wirkung, wenn es sich um ein Buchhypothek handelt, deklaratorische, wenn es eine Briefhypothek ist.

2. Die Eintragung als konstitutiver Staatsakt.

Was die Eintragung der GmbH und der Gen in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister angeht, so ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre³⁾ anzunehmen, daß

1) Staub-Bondt, Anhang zu § 8, Anm. 13.

2) Staub-Bondt, Anhang zu § 8, Anm. 12.

3) Liebmann-Saenger Anm. 1 zu § 11; Hachenburg-Schilling Anm. 29 zu § 7; Baumbach-Hueck GmbHG Anm. 1 zu § 11; Wieland I. S. 234; Schmidt in Großkomm AktG Anm. 2 zu § 2; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 29; Staudinger-Coing Anm. 29 zu § 21; Erman-Westermann Anm. 3 zu § 21; Palandt-Danckelmann Anm. 2 zu § 21; Enneccerus-Nipperdey S. 647; v. Tuhr I S. 496; Schumann § 9 IV 1; Hueck, GesR, S. 125; Rieß S. 31; Westermann, Quellen u. Studien, Bd. I S. 66; Ehrenberg IherJ 47, 321/3; Schirrmeyer ZHR 49, 46.

diese hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit konstitutive Wirkung hat. Das ergibt sich, wie bereits ausgeführt ¹⁾, aus §§ 13 Abs. I GenG, 11 Abs. I GmbHG, die beinhalten, daß die eingetragene Gen und die GmbH vor der Eintragung noch nicht als rechtsfähige Gen und als rechtsfähige GmbH existieren. Das bedeutet, daß ihnen vor der Eintragung auf jeden Fall die Rechtsfähigkeit fehlt. Insofern ist die Eintragung der Gen und der GmbH auf Grund des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes konstitutiv.

3. Die Eintragung als deklaratorischer Staatsakt.

Mit der Feststellung, daß die Eintragung der Gen und der GmbH insoweit konstitutiv ist, als sie den Gesellschaften die Rechtsfähigkeit verleiht, ist indes noch nichts über eventuelle weitere Elemente der Eintragung gesagt. Es ist durchaus denkbar, daß die Eintragung auch deklaratorische Züge enthält. Das wäre der Fall, wenn die GmbH und die Gen schon vor der Registereintragung als fertige Typen der eingetragenen Gen bzw. der GmbH bestehen würden, der Typ der späteren juristischen Person, also nicht erst durch die Eintragung, sondern bereits vorher geschaffen würde.

Das ist, wie soeben in Kapitel IV ²⁾ ausgeführt, der Fall. Bereits vor der Eintragung ist die Gründungsgesellschaft schon körperschaftlich organisiert und wird in ihrem Aufbau durch den Gesellschaftsvertrag bzw. das Statut geprägt. Die Gründungsgesellschaft ist, bis auf die Rechtsfähigkeit, mit der eingetragenen Gesellschaft identisch.

Daraus folgt, daß die Eintragung insoweit auch eine deklaratorische Wirkung hat. Sie schafft, was die Merkmale der GmbH und der eingetragenen Gen angeht - die Rechtsfähigkeit ausgenommen - nichts Neues, sondern verlautbart es nur. Insoweit ist die Registereintragung mithin deklaratorisch.

Damit ergibt sich, daß die Eintragung, im ganzen gesehen, konstitutiv-deklaratorischer Natur ist.

1) Kapitel II, 1.

2) Kapitel IV, 2.

4. Bedenken gegen die konstitutiv-deklaratorische Eintragung.

Das unter Abschnitt 3 gefundene Ergebnis ist nicht unbestritten. Bevor aber die verschiedenen Ansichten in der Literatur erörtert werden, soll zunächst gezeigt werden, daß die hier vertretene Meinung mit dem Gesetz vereinbar ist.

1.) Betrachtet man die Vorschrift des § 11 Abs. I GmbHG, so könnte man meinen, daß der Satz, die GmbH bestehe als solche vor der Eintragung nicht, auch besagen solle, daß vor der Eintragung noch kein Rechtsgebilde entstanden sei. Wie bereits gezeigt ¹⁾, bezieht sich der Inhalt des § 11 Abs. I GmbHG aber nur darauf, daß die GmbH vor der Eintragung noch nicht als selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten entstanden ist. Ob vorher schon eine Gründungs-GmbH vorhanden ist, wird damit nicht entschieden. Dem Mangel der Rechtsfähigkeit wird aber auch bei der hier entwickelten Auffassung Rechnung getragen, denn es wird ausdrücklich gesagt, daß die Gründungs-GmbH erst mit der Eintragung in das Handelsregister die Rechtsfähigkeit erwirbt. Die Eintragung wird also nicht ihres konstitutiven Charakters entkleidet. Für die Gründungs-Gen gilt das Gleiche. Dort heißt es in § 13 GenG sogar ausdrücklich, daß die Genossenschaft mit der Eintragung nur die Rechtsfähigkeit hinzuerwirbt.

Die Bestimmungen des GmbH- und des Genossenschaftsrechts bewirken zwar, daß die Eintragung ein konstitutives Element enthält, doch schließen sie die Annahme eines deklaratorischen Merkmals nicht aus. Die hier vertretene Ansicht ist daher mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar.

2.) Die Literatur ist hingegen weitgehend anderer Meinung. Gegner der soeben dargelegten Auffassung sind sowohl diejenigen, welche die Registereintragung für ausschließlich rechtserzeugend halten ²⁾, als auch die, die ihr nur

1) Kapitel II, 1, S. 2 ff.

2) Rieß S. 31 und die in Kapitel V, 2, S. 45, Fußnote 3 Genannten.

rechtsbekundende Wirkung beilegen ¹⁾. Nur eine Mindermeinung ²⁾ teilt den hier vertretenen Standpunkt, ohne allerdings diese Schlußfolgerung in einen weiteren Zusammenhang zu stellen.

a.) v. Gierke und seine Anhänger ³⁾ sehen die Eintragung als rein deklaratorisch an. Gierke führt dazu aus ⁴⁾, sobald die allgemeinen oder besonderen Erfordernisse der legalen Entstehung des Verbandes erfüllt seien, bestehe dieser von Rechts wegen als juristische Person bzw. als eigentümlich qualifizierte juristische Person. Von einer besonderen Verbandsexistenz könne keine Rede sein. Was staatliche Behörden bei der Herstellung der gesetzmäßigen Verhältnisse etwa leisteten, hätte für die Geltung des Verbandes rein deklaratorische Bedeutung. Sie hätten lediglich zu prüfen und zu konstatieren, inwieweit die Voraussetzungen vorlägen, unter denen die von der Rechtsordnung ein für allemal ausgesprochene Anerkennung der betreffenden Sozialgebilde als Personen überhaupt oder als Personen von eigenartiger Rechtsstellung einträte.

Nach Gierkes Ansicht ist also in der Eintragung der juristischen Person nur ein beurkundender Vorgang zu erblicken. Diese Auffassung Gierkes muß von seiner Theorie der realen Verbandspersönlichkeit her verstanden werden, wonach die juristische Person eine tatsächliche zusammengesetzte Person mit einem wirklichen Gesamtwillen ist ⁵⁾. Danach könnte in der Tat die Verbandsperson nicht durch eine Registereintragung geschaffen werden. Fehlerhaft an Gierkes Auffassung ist aber, daß er bei seiner Argumentation davon ausgeht, es gebe nur rechtsfähige Körperschaften ⁶⁾, ein Verband ohne Rechtsfähigkeit könne somit

1) v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 115; Fischer in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 3, Abtl. I, S. 75; Lehmann, Recht der AG, Bd. 1, S. 290; Kuntze S. 48; Rosin Gruch 31, 756; Siehr S. 58; Heberlein S. 35; Johst S. 48; Bayer, Diss. S. 56; Steimel S. 22.

2) Waldecker S. 116; Deumer S. 77; Feine S. 155/6.

3) Siehe Fußnote 1.

4) v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 115.

5) Enneccerus-Nipperdey S. 609, Fußnote 2.

6) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 483.

nicht Körperschaft sein. Diesen Gedanken hat Gierke in einem vielzitierten Satz noch einmal wie folgt ausgedrückt: " Ein nicht rechtsfähiger Verein ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gelte" ¹⁾. Das im BGB geltende System der sog. Normativbestimmungen besagt hingegen, daß ein Verband, welcher juristische Person des Privatrechts werden will, eingetragen werden muß, wenn der Registerrichter festgestellt hat, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen. Über die Frage, wann eine Körperschaft entsteht, wird damit nichts ausgesagt. Diese Ansicht wird auch durch die Tatsache bestätigt, daß das BGB den nicht rechtsfähigen Verein und damit die nicht rechtsfähige Körperschaft anerkennt. Somit gibt es im Gegensatz zu Gierkes Auffassung auch nicht rechtsfähige Körperschaften.

Im übrigen wird es Gierke in der Hauptsache um den Nachweis gegangen sein, daß vor der Eintragung schon ein Personenverband besteht, so daß die juristische Person nicht aus dem Nichts geschaffen wird. Setzt man nun die Begriffe "Verband" und "Körperschaft" gleich, so kann man Gierkes Aussage dahin modifizieren, daß die Körperschaft bereits vor der Eintragung durch den Zusammenschluß der Beteiligten als reale Verbandsperson entsteht. Das wäre dann genau dasselbe, was auch hier behauptet wird. Gierke würde insoweit mit der oben vertretenen Ansicht übereinstimmen, als die Körperschaft bereits vor der Eintragung entstanden ist, so daß die Eintragung nur insofern als deklaratorisch zu bezeichnen ist.

Im übrigen weicht Gierke aber darin von der hier vertretenen Meinung ab, als er auch in dem Erwerb der Rechtsfähigkeit einen rechtsbekundenden Vorgang sieht. Da der Gesetzgeber jedoch in den §§ 11 Abs. I GmbHG, 13 GenG bestimmt hat, daß die Gründungsgesellschaft erst mit der Eintragung Rechtsfähigkeit erlangt, ist seine Ansicht, weil mit dem Gesetz unvereinbar, abzulehnen.

1) v. Gierke, Vereine, S. 11.

b.) Rieß ¹⁾ wendet gegen die Annahme, die Eintragung sei konstitutiv-deklaratorisch, ein, es gehe nicht an, den Staatsakt teils als deklaratorisch, teils als konstitutiv zu bezeichnen, etwa insofern, als er nur bestätige, daß der konkrete menschliche Verband den gesetzlichen Erfordernissen entspreche und kein neues soziales Lebewesen ins Leben rufe, konstitutiv dagegen insofern, als er die juristische Person schaffe. Denn durch die Eintragung werde etwas Neues geschaffen, was vorher nicht vorhanden wäre, nämlich die Rechtsfähigkeit (nicht die Vereinigung). Das bloße Faktum, daß die Körperschaft vor der Eintragung entstehe, reiche eben nicht aus, um von einer deklaratorischen Wirkung sprechen zu können. Der Argumentation von Rieß kann indes nicht zugestimmt werden, denn er bestimmt den Charakter der Eintragung nur danach, daß sie die Rechtsfähigkeit verschafft und legt dabei der vor der Eintragung entstandenen Vereinigung zu geringe Bedeutung zu. Da diese aber vor der Eintragung schon nicht rechtsfähige Körperschaft mit der Struktur der späteren juristischen Person ist, muß der Eintragung gleichwohl insoweit auch rechtsbekundende Wirkung beilegen.

c.) Den Vertretern der herrschenden Meinung ²⁾, welche die Eintragung ausschließlich als konstitutiv ansehen, gleichgültig, ob sie der Auffassung sind, die Eintragung schaffe die juristische Person aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder ob sie meinen, die Gründungsgesellschaft sei eine nicht rechtsfähige Körperschaft (nicht rechtsfähiger Verein oder Gebilde sui generis) ist zuzugeben, daß die Eintragung insoweit rechtserzeugend wirkt, als sie der Gründungsgesellschaft die Rechtsfähigkeit verleiht. Im übrigen ist sie aber, wie bereits ausgeführt, deklaratorischer Natur.

Die Vertreter der herrschenden Meinung setzen sich mit der hier vertretenen Ansicht nicht auseinander. Anscheinend sind sie der Auffassung, der Wortlaut des Gesetzes verbiete jede andere Beurteilung der Eintragung. Daß dies nicht der Fall ist, wurde bereits oben ³⁾ dargelegt. Aus dem Gesetz läßt sich wohl die konstitutive

1) Rieß in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 3, Abtl. II, S. 31.

2) Siehe Kapitel V, 2, S. 45, Fußnote 3.

3) vgl. Kapitel V, 4, 1.), S. 47.

Wirkung der Eintragung herleiten, nicht aber die Schlußfolgerung, sie sei ausschließlich rechtserzeugend.

d.) Die hier vertretene Meinung findet bei Deumer ¹⁾ und Waldecker ²⁾ bezüglich der Genossenschaft, bei Feine ³⁾ hinsichtlich der GmbH ihre Bestätigung. So schreibt Deumer ⁴⁾, die Eintragung der Genossenschaft habe nur relativ konstitutive Bedeutung. Im Genossenschaftsrecht gelte nicht, wie im Aktienrecht, der Satz, daß die Vereinigung als Rechtssubjekt vor der Eintragung nicht bestehe. Die Eintragung wirke vielmehr im Genossenschaftsrecht nur insoweit konstitutiv, als die Genossenschaft mit der Eintragung eine besonders qualifizierte und nach Maßgabe des Gesetzes ausgestattete Rechtsstellung erlange. Somit schaffe die Eintragung kein neues Subjekt, sondern erhöhe nur dessen juristische Qualifikation.

Und Waldecker führt aus ⁵⁾, die Eintragung habe insofern nur deklaratorische Wirkung, als sie nicht das soziale Lebewesen neu ins Leben rufe, sondern nur dem Verbandsleben einen neuen, reicheren Inhalt gebe. Doch sei der Akt der Eintragung insofern konstitutiv, als ohne die Eintragung gerade eine eingetragene Genossenschaft nicht vorhanden sei.

Feine ⁶⁾ überträgt die Gedanken Waldeckers und Deumers dann später auf die GmbH, wobei er sich zur Erklärung der deklaratorischen Seite der Eintragung der Ansicht v. Gierkes anschließt ⁷⁾. Konstitutiv bezeichnet er die Eintragung in dem Sinne, als die Erlangung der Rechtspersönlichkeit von der Eintragung abhängig ist.

e.) So bleibt zusammenfassend zu sagen: Weder die Theorie v. Gierkes von der ausschließlich deklaratorischen Wirkung der

1) Deumer S. 77.

2) Waldecker S. 116; im Anschluß an Deumer und Waldecker auch Thelen S. 24, Weyrich S. 35/6, Wilke S. 75, Paulick, Typenbeschränkung, S. 171, welche die von Waldecker und Deumer geprägten Formulierungen fast wörtlich übernehmen.

3) Feine S. 155/6.

4) Deumer S. 77.

5) Waldecker S. 116.

6) Feine 155/6.

7) vgl. Kapitel V, 4, 2 a), S. 48.

Eintragung noch die der herrschenden Meinung können als richtig angesehen werden. Man wird den tatsächlichen Verhältnissen nur gerecht, wenn man die Eintragung als möglicherweise konstitutiv-deklaratorisch auffaßt, so daß sie bezüglich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit - und damit der Entstehung der juristischen Person - rechtserzeugend und hinsichtlich der Entstehung der Gründungsgesellschaft rechtsbekundend ist.

5. Die Bedeutung des deklaratorischen Elementes der Eintragung.

- 1.) Fraglich ist nunmehr, ob es das deklaratorische Element der Eintragung erlaubt, die Bestimmungen des GmbH oder GenG, soweit sie nicht die Eintragung oder die Rechtsfähigkeit voraussetzen, auf die Gründungsgesellschaft anzuwenden.

Untersucht man die mannigfachen Registereintragungen, wie zum Beispiel die Eintragungen in das Handelsregister, das Güterrechtsregister oder das Grundbuch, so stellt man fest, daß jede Eintragung entweder nur konstitutiv oder nur deklaratorisch ist, so daß jeder Fall eine einfache und klare Regelung erfährt.

Bei der berichtigen Grundbucheintragung ergibt sich z.B. folgendes: Wenn der Erblasser gestorben ist, geht ein Nachlaßgrundstück gemäß § 1922 BGB ohne Eintragung in das Grundbuch auf die Erben über. Der materiell-rechtliche Vorgang - der Übergang des Eigentums - kann folglich durch die Eintragung im Grundbuch nur noch verlautbart werden. Die Eintragung ist deklaratorisch. Anders ist es bei der Übereignung eines Grundstücks im Wege der Auflassung nach §§ 873, 925 BGB. Dort geht das Eigentum erst mit der Eintragung ins Grundbuch über. Ohne Eintragung findet kein Rechtsübergang statt. Die Eintragung ist folglich rechtserzeugend.

Ähnlich verhält es sich bei der Eintragung des Kaufmanns in das Handelsregister. Der Kaufmann kraft Grundhandelsgewerbes (Mußkaufmann) ist laut § 1 HGB schon mit der Aufnahme seines Gewerbes nach § 1 Abs. II HGB Kaufmann. Ob er sich später noch

gemäß § 29 HGB in das Handelsregister eintragen läßt, ist insoweit bedeutungslos. Auch ohne Eintragung ist er Kaufmann. Die Eintragung hat also nur rechtsbekundende Wirkung. Im Gegensatz dazu steht die Eintragung nach § 2 HGB (Sollkaufmann). Dort erwirbt der Gewerbetreibende die Kaufmannseigenschaft erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Vorher gelten die Vorschriften des HGB für ihn nicht. Die Eintragung ist somit konstitutiv.

Der Unterschied zwischen der konstitutiven und der deklaratorischen Eintragung beruht, wie bereits oben angedeutet ¹⁾, folglich darauf, daß einmal die materiell-rechtliche Rechtsänderung nur im Wege der Registereintragung eintritt, während auf der anderen Seite ein bereits außerhalb des Registers vollzogener Vorgang publiziert wird.

Das bedeutet, daß bei der deklaratorischen Eintragung die Rechtsänderung mit der Vornahme des privaten Rechtsgeschäfts sofort vollzogen wird und daß die dafür vorgesehenen Bestimmungen schon vor der Eintragung Anwendung finden. Zum Beispiel werden die Vorschriften des HGB sogleich mit Aufnahme des vollkaufmännischen Gewerbebetriebes auf den Mußkaufmann angewandt; und der Erbe wird mit dem Tod des Erblassers Eigentümer des Nachlaßgrundstücks und kann sofort alle aus dem Eigentum fließenden Rechte geltend machen.

Es läßt sich also bei der deklaratorischen Eintragung der Grundsatz festhalten, daß schon der Eintritt der durch die Eintragung verlautbarten Rechtsänderung zur Anwendbarkeit der der neuen Rechtslage entsprechenden Normen führt.

Bei der konstitutiven Eintragung, wo ausschließlich die Eintragung die Rechtsänderung bewirkt, allerdings oft im Zusammenhang mit einem privaten Rechtsgeschäft, kommen die Vorschriften, welche sich auf den neuen Rechtszustand beziehen, erst nach der Eintragung zum Zuge. So finden auch die das Eigentum betreffenden Bestimmungen erst nach der Eintragung ins Grundbuch auf den Erwerber des Grundstücks Anwendung; und der Sollkaufmann (§ 2 HGB) unterliegt den Vorschriften des HGB erst, wenn er ins Handelsregister eingetragen ist.

1) vgl. Kapitel V, 1.

Der Grund für diese Regelung ist, daß der Staat bei der konstitutiven Eintragung einen gewissen Einfluß auf den Vorgang nehmen und ihn erst nach erfolgter Kontrolle sanktionieren will, während er beim deklaratorischen Staatsakt auf jedes Mittel der Einflußnahme verzichtet ¹⁾. Die Registereintragung erfolgt hier in der Hauptsache zum Schutz des Rechtsverkehrs.

Bei beiden Eintragungen gibt es aber nur ein "Entweder-Oder". Entweder finden a l l e neuen Bestimmungen schon vor der Eintragung Anwendung oder dies geschieht erst nach der Eintragung. Eine Mischung beider Prinzipien gibt es nicht.

Die vorliegend behandelte Eintragung der Gründungsgesellschaft in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister ist nun allerdings konstitutiv-deklaratorisch.

Es ist daher zu fragen, ob die Grundsätze, die das Gesetz bei der rein konstitutiven und der rein deklaratorischen Eintragung kennt, auf die gemischte Eintragung übertrabar sind, insbesondere also, ob der deklaratorische Charakter der Eintragung zur vorzeitigen Anwendbarkeit des GmbH- und des Gen-Rechts führt.

Ein solches Vorgehen müßte zulässig sein, wenn dabei die oben genannten Prinzipien beachtet würden.

Wäre die Eintragung der Gründungsgesellschaft nicht nur hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit rechtserzeugend, sondern auch im Hinblick auf die Entstehung des sozialen Gebildes Gen bzw. GmbH, so dürften das GmbHG und das GenG, soweit sie nicht für die Gesellschaft Gründungsvorschriften enthalten, nicht auf die Gründungsgesellschaft angewandt werden.

Wäre die Eintragung bezüglich der Existenz der Körperschaft und hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit rechtsbekundend, so wären das GmbH- und das GenG nach den oben aufgezeigten Grundsätzen ohne Einschränkung auf die Gründungsgesellschaft anwendbar. Das würde bedeuten, daß die Gründungs-

1) Ehrenberg, Handbuch, Bd. I, S. 535

gesellschaft als rechtsfähig zu behandeln wäre und daß somit das GenG und das GmbHG schon im Gründungsstadium anwendbar wären.

Diese beiden Ergebnisse schließen sich indes aus. Es bleibt folglich zu prüfen, ob man beide Gedanken miteinander verbinden kann.

Der Gesetzgeber hat von den drei Systemen der Körperschaftsbildung ¹⁾, dem der Konzessionsverleihung, dem der freien Körperschaftsbildung und dem System der Normativbestimmungen, das letztere gesetzlich vorgeschrieben. Das heißt, der Staat hat in den einschlägigen Gesetzen (BGB, AktG, GmbHG, GenG) die Anforderungen bestimmt, nach denen die werdende juristische Person die Rechtsfähigkeit erlangt ²⁾. Liegen diese vor, verfügt er die Eintragung in das Register, auf Grund deren der Erwerb der Rechtsfähigkeit eintritt. Die Notwendigkeit der Eintragung soll hier prophylaktisch wirken, indem sie eine richterliche Prüfung ermöglicht und dadurch die Sicherheit gewährt, daß gewisse Voraussetzungen der gewollten Rechtswirkung vorhanden sind, daß also die gesetzlichen Normativbestimmungen für die Entstehung der juristischen Person beobachtet sind ³⁾.

Daraus folgt, daß dem Gesetzgeber das Einhalten dieser Vorschriften nur im Hinblick auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit interessiert, daß er aber nicht auch die Entstehung der vorher zu schaffenden Gründungsgesellschaft seiner Kontrolle unterwerfen will. Da die Gründungsgesellschaft aber im übrigen vor der Eintragung bereits entstanden ist, stellt die Eintragung nur etwas Vollzogenes fest.

Der Staat bezweckt also nur, auf die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit Einfluß zu nehmen. Im übrigen überläßt er die Gründungsgesellschaft sich selbst. Kommt die Gründungsgesellschaft

1) Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm. 21 vor § 21.

2) Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm. 23 vor § 21.

3) Ehrenberg, Handbuch Bd. I, S. 535.

den Normativbestimmungen des Gesetzgebers nicht nach, so z.B., wenn bei der Gründungs-GmbH das gemäß § 7 Abs. II GmbHG auf die Stammeinlage einzuzahlende Viertel bis zur Anmeldung der Gesellschaft noch nicht erbracht ist, so ist das, was ihren Charakter als Gründungs-GmbH angeht, unschädlich, denn dieser ist bereits durch die Satzung gegeben. Die übrigen Vorschriften spielen insoweit keine Rolle.

Einer Verbindung beider Gedanken stünde also nichts im Wege, wenn das Prinzip der konstitutiven Eintragung gewahrt bliebe, d.h., daß die Gründungsgesellschaft die Rechtsfähigkeit auf jeden Fall erst mit der Eintragung erwirbt. Dieses wird dadurch ermöglicht, daß man die Vorschriften des GmbH- und des GenRechts, die die Rechtsfähigkeit bzw. die Eintragung voraussetzen, auf die Gründungsgesellschaft nicht anwendet. Im übrigen braucht man aber auf die konstitutive Seite der Eintragung keine Rücksicht zu nehmen, sondern kann dem deklaratorischen Element voll Rechnung tragen. Das heißt, daß die jetzt noch verbleibenden Vorschriften des GmbHG und des GenG wegen der rechtsbekundenden Natur der Eintragung grundsätzlich auf die Gründungsgesellschaft anwendbar sind. Auf diese Art und Weise wird man beiden Elementen der Eintragung gerecht.

Ferner werden auch die Absichten, die der Gesetzgeber mit der unterschiedlichen Ausgestaltung der Wirkung der Eintragungen verfolgt, nicht beeinträchtigt. Durch das Beibehalten des konstitutiven Elementes wird gesichert, daß der Registerrichter allein durch die Eintragung der Gründungsgesellschaft die Rechtsfähigkeit verschafft. Dabei kann er prüfen, ob die gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen vorliegen.

Dadurch, daß ein Teil des GmbH- und des GenG bereits vor der Eintragung und der Rest der Vorschriften erst nach der Eintragung auf die Gründungsgesellschaft angewendet wird, wird daher kein dem Gesetzgeber wesentlicher Grundsatz verletzt.

2.) Gegen diesen Gedankengang könnte man allerdings einwenden, daß letztlich jeder konstitutive Staatsakt auch deklaratorische Züge aufweise - so z.B. die Bestellung eines Vormunds, die einerseits die Vertretungsmacht begründet, andererseits seine Existenz und die des Mündels bekundet - niemand jedoch daran denke, diesem deklaratorischen Zug irgendwelche Bedeutung beizulegen.

Bei dieser Argumentation wird indes übersehen, daß bei der Gründungsgesellschaft bereits vor der Eintragung ein Gesellschaftsvertrag (Statut) beschlossen und in Kraft getreten ist und daß dieser Gesellschaftsvertrag (Statut) unabhängig von der Registereintragung eine Körperschaft geschaffen hat. Ebenso ist es mit den körperschaftlichen Organisationsakten, wie der Bestellung der Geschäftsführer, des Vorstands oder des Aufsichtsrates, die, ohne im Handels- bzw. Genossenschaftsregister eingetragen zu sein, unmittelbar für die Gründungsgesellschaft gelten. Hinsichtlich dieser materiell-rechtlichen Akte hat die Eintragung ausschließlich rechtsbekundende Wirkung. Das sind aber gerade die Rechtsgeschäfte, welche das Entstehen der Gründungsgesellschaft in der Struktur der späteren juristischen Person begründen.

Folglich liegen im Gegensatz zu der oben angeführten Bestellung eines Vormunds bei der Gründungsgesellschaft die entscheidenden Rechtsgeschäfte vor der Eintragung. Bereits vor dieser ist etwas Neues geschaffen, wohingegen bei der Bestellung eines Vormunds ein solches kreatives Element fehlt. Insofern werden durch die Eintragung nicht nur tatsächliche Bezugspunkte des konstitutiven Staatsakts, wie die Existenz eines Menschen oder bei der Grundbucheintragung die Existenz eines Grundstücks (§ 4 GBO, Personalfolium)verlautbart, sondern Akte, die ein Rechtsverhältnis oder eine rechtliche Beziehung begründet haben.

Allein dieses Mehr an juristischem Gehalt gestattet es, die Eintragung der Gründungsgesellschaft auch als deklaratorisch zu bezeichnen.

Man könnte im übrigen auch auf ein formales Argument abstellen. Wenn ein Staatsakt deklaratorisch sein soll, setzt das, da deklaratorisch im juristischen Sprachgebrauch "rechtsbekundend" heißt, voraus, daß sich die bekundende Wirkung der Eintragung auf irgendeinen rechtlich bedeutsamen Vorgang bezieht, wie z.B. ein Rechtsgeschäft oder ein Rechtsverhältnis. Die Bezugnahme auf die bloße Existenz einer Person oder eines Gegenstandes ist zwar bekundend, nicht aber *r e c h t s b e* kundend. Sie kann daher nicht in diesem Sinn deklaratorisch sein. Demzufolge bestehen zwischen dem "deklaratorischen" Element des Staatsaktes bei der Bestellung eines Vormunds o.ä. und der deklaratorischen Seite der Eintragung einer Gründungsgesellschaft so erhebliche Unterschiede, daß daraus gegen die hier vertretene Ansicht keine Argumente abgeleitet werden können.

3.) Weiterhin könnte man gegen die konstitutiv-deklaratorische Eintragung vorbringen, daß, falls die Registereintragung unterbliebe, sie keine deklaratorische Wirkung entfalten könne und folglich nicht Geltungsgrund des Sonderrechts sein könnte. Die Eigenschaft einer Eintragung könne nicht gut rückwirkende Kraft entfalten und eine schon der Eintragung vorhergehende rechtliche Sonderbehandlung der bestehenden Organisation begründen.

Dabei würde allerdings übersehen, daß die Elemente der Gründungsgesellschaft, welche bereits vor der Eintragung vorliegen, unabhängig davon gegeben sind, ob die Gründungsgesellschaft später eingetragen wird.

Insbesondere ist mit der Satzung schon die gesamte Organisationsgrundlage der Vereinigung vorhanden. Ähnlich ist es in dem vergleichbaren Fall des Mußkaufmanns. Selbst wenn dieser später nicht seine Eintragung in das Handelsregister beantragt, ist er Kaufmann im Sinne des HGB. Ob die Gründungsgesellschaft später eingetragen wird, kann somit regelmäßig dahingestellt bleiben. Es finden auf sie grundsätzlich die Vorschriften des GmbH- bzw. des GenG Anwendung, sofern sie nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Gesellschafter endgültig davon absehen, sich eintragen zu lassen, da sie nicht mehr das Ziel anstreben, die Eintragung der Gesellschaft als juristische Person herbeizuführen. Denn Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen können nur sich in Gründung befindliche GmbH und Gen sein. Mit der Aufgabe des Gründungsziels schaffen die Gesellschafter zumindest konkludent eine andere Gesellschaftsform.

Ob die Gründungsgesellschaft daher später eingetragen wird oder nicht, ist so lange nicht von Bedeutung, als sie nicht den Gesellschaftszweck, juristische Person zu werden, aufgibt. Ist aber dies der Fall, dann ändert sie zugleich ihre Rechtsform, so daß das hier aufgeworfene Problem nicht mehr akut wird.

4.) Als Ergebnis der vorangehenden Ausführungen steht folglich fest, daß die Registereintragung keine unabdingbare Voraussetzung für die vorzeitige Anwendung des Rechts der GmbH und der Gen auf die Gründungsgesellschaft ist, daß also einem derartigen Vorgehen grundsätzlich, sofern der konstitutiven Seite der Eintragung Rechnung getragen wird, keine Hindernisse entgegenstehen.

Im nächsten Abschnitt sollen nun die übrigen zur Rechtsnatur der Gründungsgesellschaft vertretenen Ansichten erörtert werden, wobei auch noch einmal näher auf die Sonderrechtstheorie des BGH eingegangen wird. Im Anschluß daran werden dann die wichtigsten Einzelfragen aus dem Recht der Gründungsgesellschaft behandelt.

VI. Auseinandersetzung mit den vertretenen Meinungen.

Nachdem im vorigen Abschnitt festgestellt worden ist, daß Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen als Vereinigungen sui generis anzuerkennen sind, soll nunmehr eine Auseinandersetzung mit den hierzu vertretenen Ansichten erfolgen, wobei auch noch einmal die Meinung des BGH näher behandelt werden soll.

1. Die Gesellschaftstheorie ¹⁾.

1.) Bei der Erörterung der Frage, ob die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH Körperschaften sind, wurden bereits die wichtigsten Argumente der Vertreter der Gesellschaftstheorie vorgebracht.

Es hat sich jedoch gezeigt, daß die Gründungsgesellschaft eine körperschaftliche Struktur besitzt, im Bestand vom Mitgliederwechsel unabhängig ist, unter einem Gesamtnamen auftritt, auf Dauer angelegt ist und einen allen Mitgliedern gemeinsamen Zweck verfolgt. Obwohl sich die BGB-Gesellschaft der Körperschaft weitgehend anpassen kann, wurde gleichwohl festgestellt, daß die Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH keine Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind. Sie sind vielmehr ihrer Gesamterscheinung nach Körperschaften. In dem Streben, juristische Person zu werden, liegt notwendig der Wille, eine Körperschaft zur Entstehung zu bringen - eine Körperschaft, welche mit Festsetzen des Statuts bzw. des Gesellschaftsvertrages entsteht. Schon allein aus diesen Gründen steht fest, daß Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein können.

-
- 1) Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Meinung Müllers (DJZ1905, 809) hingewiesen, welcher es grundsätzlich dem Willen der Gründer überlassen will, als was die Gründungsgesellschaft errichtet wird, ob als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als nicht rechtsfähiger Verein. Je nach der konkreten Sachlage komme bald die eine, bald die andere Form in Frage. Entscheidend sei, ob die Gründer schon vor der Eintragung einen Verein bilden wollten und dementsprechend im Rechtsverkehr aufträten oder ob sie sich in dieser Zeit nur vorübergehend zur Konstituierung eines rechtsfähigen Vereins zusammengeschlossen hätten, um sich dann erst nach ihrer Eintragung als Verein zu betätigen. Müllers Ansicht muß indes abgelehnt werden, da es sich bei der Gründung einer juristischen Person um einen typischen Vorgang handelt, der immer in denselben Formen ablaufen muß. Da die Gründer zunächst eine Satzung zu beschließen haben, der Inhalt dieser Satzung im wesentlichen aber durch Gesetz festgelegt ist, und auch die übrigen Handlungen der Gründer in den gesetzlichen Gründungsvorschriften bereits geregelt sind, ist den Gründern keine Anweichung bei diesem Vorgang möglich. Daher muß immer dasselbe Gebilde bei der Gründung einer juristischen Person entstehen. Ein "entweder - oder" je nach dem Willen der Gründer gibt es nicht.

Weiterhin wurde schon im Zusammenhang mit der Identitätstheorie dargelegt, daß die Vorstellung, die Gründungsgesellschaft könne, wie eine Gelegenheitsgesellschaft, mit der Eintragung in das Register untergehen, nicht aufrechtzuerhalten ist. Denn das Leben der Gründungsgesellschaft setzt sich ohne Unterbrechung in der juristischen Person fort. Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat bleiben im Amte, das Vermögen geht weder im Wege der Einzel- noch der Gesamtnachfolge über, sondern es unterliegt weiterhin der Zuständigkeit der Körperschaft. Auch das Statut und der Gesellschaftsvertrag bleiben in Kraft. Fiele das alles mit der Eintragung fort, so würde eine handlungsunfähige, vermögenslose juristische Person entstehen. An Stelle eines gut funktionierenden Gebildes, wie es der Gesetzgeber schaffen wollte, wäre das genaue Gegenteil entstanden. Alle Fürsorge, die vor der Gründungsgesellschaft auf die zukünftige juristische Person verwandt wurde, wäre vergeblich. Daß ein solches Ergebnis weder dem Gesetzeswortlaut noch der Absicht des Gesetzgebers entspricht, ist einleuchtend. Auch aus diesem Grunde ist es nicht möglich, die Gründungsgesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu behandeln.

Im Zusammenhang mit der Identitätstheorie muß dabei noch auf einen offenkundigen Widerspruch in der Ansicht des RG ¹⁾ und anderer Autoren ²⁾ hingewiesen werden, welche einerseits behaupten, die Gründungsgesellschaft sei Gesellschaft bürgerlichen Rechts und gehe mit der Eintragung der Gesellschaft unter, andererseits aber die Identitätstheorie vertreten. Auch Bismarck ³⁾ rechnet hierzu, welcher die Gründungsgesellschaft als Dauervereinigung ablehnt, aber Identität mit der eingetragenen Gesellschaft behauptet. Man kann jedoch nicht sagen, daß etwas fort dauere (Identität) und nicht fort dauere (Gelegenheitsgesellschaft). In diesem Punkte liegt die eigentliche Schwäche der Rechtsprechung des RG. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts endet notwendig mit ihrer Zweckerreichung (§ 726 BGB). Für die Identitätstheorie ist dann kein Platz mehr. Insofern ist es auch aus diesem Grunde zu begrüßen,

1) RGZ 82, 290; 143, 272; 151, 91.

2) Staub Anm. 2 zu § 11 und Anm. 1 zu § 11; Groschuff Anm. 1 zu § 11; Scholz Anm. 12 zu § 2 und Anm. 8 zu § 11; Scholz GmbHRdsch 1956, 3/4; Haacke S. 37 ff; Saß S. 27 und 34.

3) v. Bismarck S. 44 und 38.

daß der BGH die Auffassung des RG, die Gründungsgesellschaft sei bürgerlichrechtliche Gesellschaft, aufgegeben hat.

2. Die Vereinstheorie.

Wie bereits oben ausgeführt ¹⁾, vertritt ein großer Teil der Literatur die Auffassung, die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH seien nicht rechtsfähige Vereine. In den vorangegangenen Erörterungen wurde bereits dargelegt, daß die Gründungsgesellschaft nicht als Gesellschaft bürgerlichen Rechts angesehen werden kann. Gleichfalls wurde festgestellt, daß Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH Körperschaften sind, ferner daß die Definition der Körperschaft des Privatrechts und die des Vereins praktisch übereinstimmen, so daß jede Körperschaft des Privatrechts im Bereich des BGB und des HGB grundsätzlich Verein und jeder Verein Körperschaft ist. Da die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH derartige Körperschaften sind, müssen sie also auch Vereine sein ²⁾. So wurde auch gezeigt, daß Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH körperschaftlich organisiert, im Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig und auf Dauer angelegt sind, einen Gesamtnamen haben und einen allen Mitgliedern gemeinsamen Zweck verfolgen, kurz, die Voraussetzungen des Vereinsbegriffes erfüllen. Da sie noch nicht rechtsfähig sind, können sie natürlich nur nicht rechtsfähige Vereine sein. Einen unlösbaren Widerspruch enthält daher die Ansicht v. Bismarcks, der das Vorhandensein der Merkmale des nicht rechtsfähigen Vereins bei der Gründungs-GmbH verneint ³⁾, sie aber auf der anderen Seite als nicht rechtsfähige Korporation bezeichnet ⁴⁾. Als Korporation des Privatrechts muß die Gründungsgesellschaft auch Verein sein ⁵⁾, denn beide bestimmen sich nach denselben Merkmalen.

Die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH sind folglich nicht rechtsfähige Vereine ⁶⁾.

1) vgl. Kapitel III, 1.

2) Dregger S. 72.

3) v. Bismarck S. 42 ff.

4) v. Bismarck S. 68.

5) Kloß S. 72.

6) Baumbach-Hueck, GmbHG Anm. 1 A vor § 1; Zülch S. 30/31.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses läßt sich auch aus dem Vereinsrecht ersehen. Laut § 21 BGB erlangt ein Verein, dessen Zwecke nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts Rechtsfähigkeit. Das bedeutet, daß der Verein schon vor der Eintragung Verein, und zwar nicht rechtsfähiger ist ¹⁾. Der Wortlaut des § 21 BGB läßt daran keinen Zweifel. Träfen andererseits die Argumente der Gesellschaftstheorie zu, so müßte auch dieser Gründungsverein Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein, denn auch er ist, wie die Gründungs-Gen (GmbH), Durchgangs- und Entwicklungsstadium des rechtsfähigen Vereins. Daher dürfte auch er nicht auf Dauer angelegt und im Bestand nicht vom Wechsel seiner Mitglieder unabhängig sein. Daß das nicht der Fall sein kann, ergibt sich hier bereits aus dem Gesetz. Denn in § 21 BGB wird deutlich gesagt, daß der Verein durch die Eintragung nur eine weitere Eigenschaft - die Rechtsfähigkeit - hinzuerlangt, im übrigen aber derselbe bleibt. So folgt die Identitätstheorie hier unmittelbar aus dem Gesetz. Damit läßt sich auch der vielzitierte Satz Staubs ²⁾ widerlegen, der sagt, der nicht rechtsfähige Verein sei dazu bestimmt, in seiner eigenartigen Gestaltung dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten; daher müsse er immer Endziel einer Gründung sein und könne niemals Durchgangs- oder Entwicklungsstadium sein. Die Gründungsgesellschaft könne deshalb kein nicht rechtsfähiger Verein sein. Da der Gesetzgeber in § 21 BGB aber bestimmt hat, daß der rechtsfähige Verein im Gründungsstadium Verein ist, ist erwiesen, daß der nicht rechtsfähige Verein durchaus Durchgangsstadium sein kann. Es besteht somit kein Anlaß, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzunehmen.

1) Gadow, Der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechtsverhältnisse IherJ 87, 248.

2) Staub, GmbHG Anm. 2 zu § 11; Staub-Pinner Anm. 4 zu § 188; Wieland II S. 73, Fußnote 16; Gadow, Der Eintritt der AG ... IherJ 87, 249.

Außerdem würde es undenkbar erscheinen, daß der rechtsfähige Verein aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstünde ¹⁾, denn aus einer Gesellschaft kann nicht durch bloße Eintragung in ein Register eine Körperschaft werden ²⁾. Es bedürfe dazu eines neuen Organisationsaktes durch die Mitglieder der Gründungsgesellschaft. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit ist dafür nicht ausreichend.

Das gleiche Ergebnis ergibt sich auch aus folgender Überlegung: Die eingetragene Gen und die GmbH sind Vereine, also müssen auch die nicht rechtsfähige Gen und GmbH - die Gründungsgesellschaften - nicht rechtsfähige Vereine sein ³⁾, denn das Durchgangsstadium des rechtsfähigen Vereins kann nur der nicht rechtsfähige Verein sein. Dieses Argument schließt im wesentlichen an die vorhergehenden Ausführungen an. Daß die juristischen Personen des Handelsrechts (AG, GmbH und eingetragene Gen) rechtsfähige Vereine im Sinne des BGB sind ⁴⁾, folgt aus der Definition des Vereins, wonach körperschaftliche Verfassung, Unabhängigkeit im Bestand vom Wechsel der Mitglieder, ein dauernder, gemeinsamer Zweck und ein Gesamtname den Verein ausmachen. Alle diese Merkmale findet man auch bei der eingetragenen Gen und GmbH vor ⁵⁾. Wenn auch bei der Gründungs-Gen bzw. Gründungs-GmbH noch Bedenken bestanden, so treffen diese bei den eingetragenen Gesellschaften nicht mehr zu.

Ferner spricht noch ein weiterer Umstand dafür, die juristischen Personen des Handelsrechts als Vereine anzusehen. In § 6 Abs. II HGB heißt es, daß die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das

1) Sachau ZHR 56, 446; Kloß S. 25.

2) v. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 129 Fußnote 2.

3) Wilke S. 23, Heberlein S. 35; Bayer Diss. S. 59.

4) Heute steht die absolut herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß AG, GmbH und eingetragene Gen Vereine sind: KGJ 51 A 263; RGZ 68, 180; RGZ 169, 82; Scholz Anm. 3 zu § 1; Parisius-Crüger-Citron GenG S. 28; Brodmann AktG Anm. 1a zu § 200; Baumbach-Hueck, GmbHG Einl. Anm. 2a; Schmidt in Großkomm AktG Anm. 3 zu § 1; RGRK-BGB Anm. 4 vor § 21; Palandt-Danckelmann Anm. 1 vor 21; Feine S. 63; Hueck GesR. 106; derselbe, Recht der OHG S. 21; v. Tuhr S. 467; Westermann Quellen und Studien I S. 78; Nußbaum S. 172; Johst S. 13; Heberlein S. 22; Homberger S. 3; Haacke S. 13.

a.M.: Hachenburg-Schilling Einl. Anm. 3; v. Bismarck S. 36

5) KGJ 51 263; Hueck GesR S. 100; Siehr S. 10.

Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt durch § 4 Abs. I HGB nicht berührt würde. Die so gekennzeichneten Vereine sind die AG, die GmbH und die eingetragene Gen, welche gemäß §§ 3 AktG, 13 Abs. III GmbHG, 6 Abs. I HGB, 17 Abs. II GenG als Kaufleute gelten. Das HGB selbst bezeichnet also die juristischen Personen des Handelsrechts als Vereine ¹⁾.

Dasselbe ergibt sich auch aus § 22 BGB ²⁾. Diese Vorschrift bezeichnet alle juristischen Personen des Privatrechts, deren Zwecke auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind und die auf Grund reichsgesetzlicher Vorschrift Rechtsfähigkeit erlangt haben, als Vereine. Dazu zählen vor allem die juristischen Personen des Handelsrechts ³⁾.

Da also die juristischen Personen des Handelsrechts rechtsfähige Vereine im Sinne des BGB sind, müssen auch die Gründungsgesellschaften nicht rechtsfähige Vereine sein.

Saß ⁴⁾ macht noch folgendes dagegen geltend: Wenn der Gesetzgeber daran gedacht hätte, die GmbH im Gründungsstadium als nicht rechtsfähigen Verein behandelt wissen zu wollen, dann wäre die Anordnung der persönlichen Haftung der im Gründungsstadium Handelnden (§ 11 Abs. II GmbHG) völlig überflüssig gewesen. Der Gesetzgeber ließe ja schon ausdrücklich die in Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins Handelnden persönlich und gesamtschuldnerisch haften. Saß übersieht aber, daß nach § 11 Abs. II GmbHG nur der haftet, welcher im Namen der zukünftigen GmbH handelt ⁵⁾. Die Haftung nach § 11 Abs. II GmbHG bezieht sich also nicht, wie die des § 54 Abs. II BGB, auf ein Handeln im Namen der augenblicklichen bestehenden Vereinigung, sondern auf ein Handeln im Namen der zukünftigen Kapitalgesellschaft. Daher regeln die

1) KGJ 51 A 263, Homberger S. 21.

2) RGRK-BGB Anm. 4 vor § 21.

3) Ermann-Westermann § 22.

4) Saß S. 26.

5) So RGZ 143, 373; BGH GmbHRdsch 57, 151 I. Sp.; Baumbach-Hueck Anm. E II zu § 11 GmbHG; Scholz Anm. 4 zu § 11, Scholz-Fischer Anm. 4 zu § 11; Hachenburg-Schilling Anm. 9 zu § 11; Vogel Anm. 5 zu § 11.

Anderer Meinung sind: Fischer in Großkomm AktG Anm. 10 zu § 34; v. Bismarck S. 103 (m.w.N.) Diese Ansicht ist jedoch mit dem Gesetzeswortlauf nicht vereinbar.

§§ 11 Abs. II GmbHG, 54 Abs. II BGB nicht denselben Fall, wie Saß irrtümlich meint. Beide Vorschriften beziehen sich vielmehr auf verschiedene Sachlagen. Folglich ist es auch durchaus sinnvoll, in § 11 Abs. II GmbHG die persönliche und solidarische Haftung der Handelnden anzuordnen. Die Ansicht von Saß ist daher abzulehnen.

Merkert ¹⁾, welcher allerdings in der Gründungs-GmbH eine handelsrechtliche Personengesellschaft sieht ²⁾, meint, die Auffassung, die Gründungs-GmbH sei ein nicht rechtsfähiger Verein, widerspreche dem Vertragswillen der Beteiligten, die nach Handelsrecht leben und nach dessen Grundsätzen auch im Innenverhältnis behandelt werden wollten. Gerade diesem Willen wird aber die hier vertretene Ansicht gerecht, indem sie die Gründungs-GmbH schon weitgehend dem GmbHG unterstellt. Das kann aber nicht daran hindern, sie auf der anderen Seite als nicht rechtsfähigen Verein anzusehen. Ebenso wie die AG, GmbH und eingetragene Gen auch Vereine sind, und zwar Vereine sui generis, da sie besonderen Vorschriften unterliegen, ebenso sind Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH selbständige Organisationsformen, die einem Sonderrecht unterstehen, und nicht rechtsfähige Vereine sui generis. Auch sie stehen, wie die AG, GmbH und eingetragene Gen selbständig neben dem rechtsfähigen Verein stehen, als Sonderformen selbständig neben dem nicht rechtsfähigen Verein des BGB.

Daher ist auch dem BGH nicht zuzustimmen, wenn er in seiner Entscheidung vom 23.4.1956 ³⁾ sagt, die Gründungs-Gen sei kein nicht rechtsfähiger Verein. Jedenfalls muß es heißen, die Gründungs-Gen ist nicht nur nicht rechtsfähiger Verein, sondern auch Sonderrechtsorganisation. Insofern ist der Vereinstheorie auch heute noch zu folgen. ⁴⁾

Es ist allerdings kaum anzunehmen, daß der BGH nicht auch der Auffassung zustimmen würde, daß die Gründungs-Gen nicht zur

1) Merkert BB 1951, 322 r. Sp.

2) Merkert BB 1951, 322 r. Sp.

3) BGHZ 20, 281.

4) Erman AcP 52, 284; Pohle ZGen 1956, 317; Dregger S. 72; Zülch S. 32.

Sonderrechtsorganisation, sondern auch nicht rechtsfähiger Verein sei. Sollte das nicht der Fall sein, so ist, wie aus dem Vorstehenden zu ersehen, seiner Meinung nicht zu folgen.

Dieses Ergebnis erfährt seine Bedeutung darin, daß damit die Vorschriften über den nicht rechtsfähigen Verein subsidiär auf die Gründungs-GmbH und die Gründungs-Gen anwendbar sind, während man nach der gegensätzlichen Meinung diese Vorschriften höchstens analog anwenden könnte. Spätestens hier verliert indes der Streit seine Bedeutung ¹⁾, denn, ob man die Vorschriften über den nicht rechtsfähigen Verein direkt oder entsprechend auf die Gründungsgesellschaft anwendet, bleibt, was die erzielten Ergebnisse anbetrifft, ohne praktische Auswirkungen.

3. Die OHG - Theorie.

Diese Theorie rückte kurz nach dem 2. Weltkrieg in den Vordergrund. Ihre Anhänger vertraten den Standpunkt, daß die Gründungsgesellschaft, welche den Anforderungen des § 1 HGB entspreche, zur offenen Handelsgesellschaft werde, wenn sie den vollen Geschäftsbetrieb schon vor der Eintragung in das Register aufnehme. Sie greifen also nicht direkt in den Streit, um die Rechtsnatur der normalen Gründungsgesellschaft, die sich auf hergebrachte Weise entwickelt, ein, sondern stellen nur auf die werbende Gründungs-GmbH oder Gen ab. Anstoß zu dieser Theorie war der Wunsch, die Gründungsgesellschaft als konkurs- und parteifähig zu behandeln, denn nach der damals noch herrschenden Meinung des RG war sie weder das eine noch das andere. Ferner wollte man auf diesem Wege die Mitglieder der Gründungsgesellschaft über § 128 HGB zu unbeschränkter, persönlicher und gesamtschuldnerischer Haftung heranziehen. Trotzdem ist diese Theorie in der oben aufgezeigten Form abzulehnen, da ihre Begründung nicht haltbar ist.

1) Soergel-Schultze-v. Lasaulx Anm. 59 vor § 21.

Eingeleitet wurde diese Entwicklung durch eine Entscheidung des OLG Frankfurt v. 11.12.1947 ¹⁾. Die übrige Rechtsprechung ²⁾, vor allem die der Oberlandesgerichte, schlossen sich dem an ³⁾. Erst der BGH vermochte in seinem Urteil vom 23.4.1956 ⁴⁾ dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten.

Das OLG Frankfurt unterscheidet in dem ihm vorgelegten Fall zwischen den Gründungsgesellschaften, welche nur sogenannte notwendige Vorbereitungsgeschäfte, d.h. Geschäfte, die den Zweck haben, die juristische Person zur Entstehung zu bringen, abschließen und solchen, die den Kreis dieser Geschäfte verlassen und den vollen Geschäftsbetrieb aufnehmen. Letztere würden sich in nichts von einer Personenhandelsgesellschaft unterscheiden und seien daher auch als solche zu behandeln. Außerdem lägen ja auch die gesetzlichen Erfordernisse für eine offene Handelsgesellschaft vor. Die Gründungs-GmbH führe eine gemeinschaftliche Firma, ihr Zweck sei auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ⁵⁾. Daß die Gesellschaft, solange die

1) OLG Frankfurt NJW 47/48, 429.

2) OLG Celle DNotZ 1950, 101; OLG Hamburg JZ 52, 436; OLG Hamburg Betrieb 52, 760; OLG Oldenburg BB 55, 713; LAG Stuttgart Betrieb 54, 107 und auch das OLG Stuttgart GmbHRdsch 55, 210 halten eine Anwendung der OHG-Theorie für möglich.

A.M.: OLG Tübingen DRZ 50, 18

ferner vertreten die OHG-Theorie: BGH St 3, 26; Winden Betrieb 52, 840; Schlegelberger-Geßler Anm. 20 zu § 105; Bayer JZ 52, 551; Schultze- v. Lasaulx JZ 52, 390; Merkert BB 51, 322.

3) Nicht hierhin gehört die Entscheidung des OHG br. Z. NJW 49, 382, in der eine OHG unter Personen, die eine GmbH gründen wollen, angenommen wird (Vorgründungsgesellschaft). Zu Unrecht zählt auch v. Bismarck (S. 49 Fußnote 1) das LAG Stuttgart (GmbHRdsch 52, 140 = JZ 52, 436) zu den Vertretern der OHG-Theorie. In dem dort behandelten Fall war es ebenfalls nicht zum Abschluß eines gültigen GmbH-Vertrages gekommen, da die Zustimmung eines Gesellschafters fehlte (vgl. auch Ganßmüller GmbHRdsch 53, 120 Fußnote 25).

4) BGHZ 20, 281.

5) Das ist aber nur dann der Fall, wenn ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. II HGB betrieben wird. Alle anderen Fälle scheiden eo ipso im Rahmen dieser Abhandlung aus, weil da die OHG ohnehin erst durch Eintragung entsteht.

Gründungs-GmbH nicht eingetragen sei, für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt hafteten, ergebe sich ohne weiteres aus dem Gesetz, und zwar aus § 11 Abs. II GmbHG. Die Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen folge aus § 123 Abs. II HGB. Diesen Ausführungen ist indes nicht zuzustimmen.

Es ist zunächst zu fragen, ob der Aufnahme des vollen Geschäftsbetriebes überhaupt besondere Bedeutung beizumessen ist.

Die Unterscheidung des OLG Frankfurt zwischen den zur Entstehung der Gesellschaft notwendigen Geschäften und den nicht notwendigen stammt aus der Rechtsprechung des RG. Dieses hatte zum Schutz der zukünftigen eingetragenen Gesellschaft - also in einem ganz anderen Zusammenhang - den Satz aufgestellt, daß nur die zur Entstehung der juristischen Person notwendigen Geschäfte die Gründungsgesellschaft verpflichteten und somit auf diese übergehen könnten. Denn die Vertretungsmacht der Handelnden sei auf diesen Zweck begrenzt. Es ist zwar zuzugeben, daß dieser Auffassung des RG eine besondere Bedeutung zukommt, jedoch nicht in diesem Zusammenhang.

Diese Unterscheidung kann bei der Beantwortung der Frage, ob die Gründungsgesellschaft eine OHG ist, keine Rolle spielen. Eine OHG entsteht zwar bereits gemäß § 123 Abs. II HGB, wenn sie ihre Geschäfte vor der Eintragung aufnimmt, aber in § 123 Abs. II HGB wird nicht zwischen notwendigen und nicht notwendigen Geschäften unterschieden. Eine OHG wird auch bei "notwendigen" Geschäften im Außenverhältnis wirksam. Daher kann diese Unterscheidung bei der Gründungsgesellschaft nicht zu dem oben entwickelten Ergebnis führen.

Ferner muß man auch an den in § 5 Abs. IV GmbH geregelten Fall denken, daß ein GmbH-Gesellschafter satzungsgemäß einen Handelsbetrieb in die GmbH einbringt. Dieses muß, wie aus § 7 Abs. II GmbHG folgt, bis zur Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister auf die Gründungsgesellschaft übertragen sein ¹⁾. Die Fortführung des Handelsbetriebes durch die Gründungsgesellschaft ist zu den notwendigen Geschäften gerechnet worden ²⁾ - würde es

1) BGH NJW 66, 1312; RGZ 141, 209; 84, 337; Hachenburg-Schilling Anm. 14 zu § 7.

2) BGH NJW 63, 859; BGH NJW 66, 1312.

nicht fortgeführt, verlöre das Unternehmen an Wert und die Haftungsgrundlage der Gläubiger wäre gefährdet - . In diesem Fall ist eindeutig, daß die Gründungsgesellschaft nach dem Willen des Gesetzgebers, trotz Führung eines Handelsgeschäftes, nicht zur OHG wird ¹⁾. Nach der OHG-Theorie könnte es sich also ereignen, daß zwei Gründungsgesellschaften, welche beide den vollen Geschäftsbetrieb eines Handelsgewerbes aufgenommen hätten, einmal als OHG und einmal als Gründungs-GmbH zu behandeln wären. Auch aus § 5 Abs. IV GmbHG folgt also, daß der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebes keine besonderen Konsequenzen verbinden wollte.

Die Frage, ob eine Gründungsgesellschaft den vollen Geschäftsbetrieb aufnehmen soll oder nicht, ist also völlig dem einzelnen Unternehmer überlassen. Dabei spielt im Augenblick noch keine Rolle, welche rechtlichen Folgen ein solches Tätigwerden im Gründungsstadium hat. Jedenfalls kann es nicht dazu führen, den Zweck der Gründungsgesellschaft so zu verändern, daß eine OHG entsteht. Daher ist die Umwandlung einer Gründungsgesellschaft in eine OHG, nur weil der volle Geschäftsbetrieb aufgenommen wurde, ausgeschlossen ²⁾.

Diese Ansicht wird vom BGH in seiner Entscheidung vom 13.10.1954 ³⁾ bestätigt. Dort heißt es: "Eine Gründungsvereinigung bleibt aber auf die Errichtung einer Gesellschaft oder Genossenschaft gerichtet, auch wenn die vorhandenen Mittel im Einverständnis aller Beteiligten nicht bloß für Geschäfte verwendet werden, die die Eintragung und Ingangsetzung der gegründeten Gesellschaft oder Genossenschaft vorbereitend herbeiführen sollen, sondern bereits der volle Geschäftsbetrieb aufgenommen wird". Ebenso entscheidet der BGH im Urteil vom 23.4.1956 ⁴⁾.

Fernerhin haften die Mitglieder der Gründungs-GmbH - entgegen der Ansicht des OLG Frankfurt - auch nicht unbeschränkt. Das OLG

1) BGH WM 65, 246.

2) OLG Tübingen DRZ 50, 19; Dregger GmbHGdsch 1962, 186.

3) BGHZ 15, 70.

4) BGHZ 20, 281; vgl. auch BGH LM § 305 Nr. 3

will eine solche Haftung aus § 11 Abs. II GmbHG ableiten. Dort heißt es aber, daß, wer vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft handelt, persönlich und solidarisch haftet. Wie bereits dargelegt wurde ¹⁾, bezieht sich diese Vorschrift nur auf das Handeln im Namen der zukünftigen eingetragenen GmbH, d.h. ein Handeln für die Gründungs-GmbH wird dort nicht erfaßt. Ferner wird in § 11 Abs. II GmbHG nur eine Haftung der für die Gesellschaft "Handelnden" normiert ²⁾ und nicht für alle Gesellschafter, wie es der OHG-Begriff nach § 105 Abs. I HGB voraussetzt. Handelnde können aber auch Nicht-gesellschafter sein. Aus § 11 Abs. II GmbHG läßt sich also keine unbeschränkte Haftung im Sinne von § 105 Abs. I HGB herleiten.

Im übrigen besteht auch sonst keine unbeschränkte Haftung der Mitglieder der Gründungsgesellschaft; denn diese haben bei der Festsetzung des Statuts und des Gesellschaftsvertrages wirksam erklärt, nur beschränkt haften zu wollen ^{3) 4)}.

Da also auch die Gesellschafter der Gründungsgesellschaft nicht unbeschränkt haften, ist die Argumentation des OLG Frankfurt auch insoweit unrichtig ^{5) 6)}.

- 1) Vgl. Kapitel V, 2, S. 66 Fußn. 5 und BGH WM 1965, 246 (zustimmend Kuhn WM 1966, 1118).
- 2) BGH NJW 1967, 828; Schultze-v.Lasaulx JZ 52, 392; Paul NJW 47/48, 418 1. Sp.
- 3) Bei der Gen ist es natürlich nur bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftung der Fall (§ 2 Ziff. 2 GenG).
- 4) Vgl. Ganßmüller GmbHRdsch 53, 116 1. Sp. (m.w.N. Fußnote 3).
- 5) Paul NJW 47/48, 418 1. Sp.
- 6) Auch Deeg (BB 50, 721) lehnt die Auffassung des OLG Frankfurt ab. Er verfällt allerdings in einen anderen Fehler, wenn er meint, die Ansicht des OLG Frankfurt sei deshalb abzulehnen, weil sich aus § 11 Abs. II GmbHG eine beschränkte Haftung der Handelnden ergebe. Er meint, die Haftung der Handelnden beschränke sich, wie dem Wortlaut des § 11 Abs. II GmbHG und seinem Standort entnommen werden könnte, auf den Umfang, in dem die GmbH gehaftet haben würde, wenn sie bestünde. Denn die Bedeutung des § 11 Abs. II GmbHG könne nur darin liegen, an Stelle der nicht bestehenden juristischen Person GmbH einen ihr gleichen Schuldner zu schaffen. Diesen Ausföhrung kann nicht beigeatimmt werden, da sie am Wortlaut des Gesetzes vorbeigehen. Denn persönliche Haftung bedeutet gleichzeitig auch immer unbeschränkte Haftung. Eine Einzelperson haftet nämlich immer unbeschränkt, es sei denn, sie habe eine vertragliche Haftungsbeschränkung vereinbart.

Es fehlen somit sämtliche Voraussetzungen für das Vorhandensein einer OHG.

Gegen die Auffassung des OLG Frankfurt ist noch ein weiteres grundsätzliches Bedenken anzumelden. Es ist vor allem die Tatsache zu berücksichtigen, daß die Gründer durch das Statut und den Gesellschaftsvertrag den Willen bekundet haben, eine eingetragene Gen bzw. GmbH zu gründen. Sie wollen keine OHG zur Entstehung bringen ¹⁾. Sie schaffen auch nicht etwa ein Gebilde, das die Organisation einer OHG aufweist, sondern eine Gründungs-GmbH bzw. Gründungs-Gen. Sie schließen auch keinen OHG-Gesellschaftsvertrag.

Das OLG Frankfurt beruft sich des weiteren auf Heymann ²⁾ und Feine ^{3) 4)}. Dies jedoch zu Unrecht. Es stimmt zwar, daß diese die Gründungs-GmbH in gewissen Fällen als OHG bezeichnen, doch stellen sie noch weitere Voraussetzungen dafür auf und lassen es nicht mit der bloßen Aufnahme des Geschäftsbetriebes bewenden. So schreibt Heymann, wenn die Gründungs-GmbH in ihre volle Tätigkeit eintrete und durch offensichtliche Abstandnahme von jedem Gedanken an Eintragung den Charakter des Vorstadiums einer GmbH verliere, liege in Wahrheit eine OHG vor. Damit gebe die Gründungs-GmbH ihren Charakter als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als nicht rechtsfähiger Verein auf und verwandele sich durch stillschweigende Übereinkunft in eine OHG. Feine schließt sich den Ausführungen Heymanns im vollen Umfang an ⁵⁾. Danach bedürfte es also neben der Aufnahme des vollen Geschäftsbetriebes des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags. Dieser kann natürlich auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden, und zwar durch offensichtliche Abstandnahme von der Eintragung. Das ändert aber nichts daran, daß die bloße Aufnahme des Geschäftsbetriebes auch nach der Ansicht von Heymann und Feine für die Umwandlung in eine OHG nicht ausreicht. Vielmehr ist der Abschluß des Gesellschaftsvertrages das entschei-

1) Hachenburg-Schilling Anm. 15 zu § 11.

2) Heymann IherJ 75, 422.

3) Feine S. 195.

4) OLG Frankfurt NJW 47/48, 429.

5) So auch KG GmbH Rdsch 30, 265; Reinecke S. 50.

dende Tatbestandsstück. Die Aufnahme des Geschäftsbetriebes kann höchstens ein Indiz für eine solche Umwandlung sein. Gemäß § 123 Abs. II HGB würde sie dann die im Innenverhältnis geschaffene OHG auch im Außenverhältnis zur Entstehung kommen lassen. Die bloße Geschäftsaufnahme kann aber nie zur Umwandlung in eine OHG führen. Das OLG Frankfurt beruft sich somit zu Unrecht auf Heymann und Feine.

Das OLG Hamburg ¹⁾ und Schultze- v. Lasaulx ²⁾ versuchen die Theorie des OLG Frankfurt mit einer anderen Begründung aufrechtzuerhalten. Sie gehen von dem Satz aus, es gelte im deutschen Recht der wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundsatz, daß Personenverbände, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben, sich der im Handelsrecht zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen bedienen müßten ³⁾. Soweit sie dabei eine rechtsfähige Korporationsform wählen wollten, versperre ihnen der gesetzgeberische Zweck des § 22 BGB den Weg zum rechtsfähigen Verein ⁴⁾. Was aber dem rechtsfähigen Verein versagt sei, könne dem nicht rechtsfähigen Verein oder der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft nicht gestattet sein ⁵⁾. Da nun aber die Gründungsgesellschaft entweder der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder nicht rechtsfähiger Verein sei, dürfe sie mithin kein vollkaufmännisches Unternehmen betreiben. Denn es sei anerkannt, daß, sobald die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins dazu übergängen, ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe zu betreiben, eine OHG entstehen würde ⁶⁾. Anerkannt sei weiter, daß eine bürgerlich-

1) OLG Hamburg Betrieb 1952, 760.

2) Schultze- v. Lasaulx JZ 52, 393 r. Sp.; ebenso Paulick ZGen 54, 155.

3) So auch BGHZ 22, 244.

4) BGHZ 22, 244.

5) Schultze-v. Lasaulx JZ 52, 383.

6) BGHZ 22, 244 (m.w.N.); Dregger S. 58; Stoll in Festgabe für das RG S. 72; Paulick ZGen 54, 155. A.M.: Scholz (Anm. 12 zu § 1; ähnlich Ganßmüller NJW 56, 1186 I. Sp.), welcher der Auffassung ist, ein nicht rechtsfähiger Verein könne sich nicht in eine OHG umwandeln. Eine Umwandlung in eine OHG sei nur der BGB-Gesellschaft möglich, woraus auch zu folgern sei, daß die Gründungs-GmbH Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein müsse; warum es aber keine körperschaftlich organisierte OHG geben kann, begründet Scholz nicht. Eine solche Möglichkeit wird auch von Haupt-Reinhardt (S.120) anerkannt.

rechtliche Gesellschaft, die über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, Handelsgeschäfte treibe, offene Handelsgesellschaft werde ¹⁾. Nach der Meinung des OLG Hamburg und Schultze-v. Lasaulx ist es daher nur zu selbstverständlich, daß die Gründungsgesellschaft - sei sie nun Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder nicht rechtsfähiger Verein - zur offenen Handelsgesellschaft wird, sobald sie den vollen Geschäftsbetrieb aufnimmt.

Dieser Ansicht ist schon allein deshalb nicht zuzustimmen, weil die Voraussetzung, die Gründungsgesellschaft sei nur Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder nicht rechtsfähiger Verein, unzutreffend ist ²⁾. Wie bereits gezeigt, entsteht die Gründungsgesellschaft bereits als arteigene Gesellschaftsform des Handelsrechts, und zwar als Gründungs-GmbH, Gründungs-Gen oder Gründungs-AG. Weiterhin ist zu bedenken, daß sie in der hier behandelten Form, bloßes Durchgangsstadium und keine Endform ist. Sinn und Zweck des genannten wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatzes ist es aber, der in ihrer endgültigen Rechtsform als nicht rechtsfähiger Verein oder als BGB-Gesellschaft entstandenen Vereinigung den Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbes unmöglich zu machen.

Ferner kommt hinzu, daß Hauptzweck dieser Gründungsgesellschaft ist, eingetragen zu werden und nicht ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft zu betreiben. Diesem Zweck ist alles andere unterzuordnen. Wird daher im Namen der Gründungsgesellschaft der volle Geschäftsbetrieb aufgenommen, so stimmt das sicherlich nicht mit dem Willen des Gesetzgebers überein, es kann aber nur dann zur Änderung der Gesellschaftsform führen, wenn die Gesellschafter die Eintragung nicht mehr betreiben. Dann wäre nämlich eine nicht rechtsfähige Dauer-Gen oder eine nicht eingetragene Vor-GmbH gegeben, auf die möglicherweise Vorschriften über die OHG Anwendung finden. Das braucht aber im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht zu werden. Es besteht mithin kein Anlaß, eine Umwandlung in eine OHG anzuneh-

1) BGHZ 22, 244 (m.w.N.).

2) Ganßmüller NJW 1956, 1186; GmbHRdsch 1953, 120.

men. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Gründungsgesellschaft durch bloße Aufnahme des Geschäftsbetriebes nicht zur offenen Handelsgesellschaft wird. Die OHG-Theorie erweist sich damit als unfruchtbar.

4. Die Sonderrechtstheorie des BGH.

Zur Auseinandersetzung mit der Ansicht des BGH erscheint es zweckmäßig, von den entscheidenden Sätzen der bereits zitierten Entscheidungen vom 23.4.1956 ¹⁾ und vom 12.7.1956 ²⁾ auszugehen. Dort heißt es: "Mit der Errichtung des Statuts einer Gen entsteht weder ein nicht rechtsfähiger Verein noch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die im Werden begriffene rechtsfähige Genossenschaft ist eine Entwicklungsstufe bei der Entstehung der eingetragenen Genossenschaft und untersteht dem Recht der eingetragenen Genossenschaft mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen, und derer, die durch spezielle Gründungsvorschriften ersetzt worden sind"³⁾. Und: "Zwischen der Gründung der GmbH besteht keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft. Die im Werden begriffene GmbH ist vielmehr eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht"⁴⁾. Der einzige Unterschied zwischen diesen beiden Entscheidungen liegt darin, daß BGHZ 20, 285 auf die materielle Rechtsfähigkeit abstellt, während BGHZ 21, 246 die formelle Eintragung hervorhebt. Materiell sagen aber beide Urteile das gleiche; denn zwischen Rechtsfähigkeit und Eintragung besteht das Verhältnis von Form und Folge, das beide unlösbar miteinander verbindet, so daß die Rechtsfähigkeit nur durch die Eintragung und ohne Eintragung keine Rechtsfähigkeit entstehen kann ⁵⁾. Dennoch muß man beachten, daß es Vorschriften gibt, die unmittelbar an das materielle Erfordernis der Rechtsfähigkeit und solche,

1) BGHZ 20, 281.

2) BGHZ 21, 242.

3) BGHZ 20, 285/6.

4) BGHZ 21, 246.

5) Reinecke S. 31.

welche mehr an das formale Element der Eintragung anknüpfen ¹⁾. Der BGH betont abwechselnd das materielle und das formelle Element; wie aber aus BGHZ 20, 289 hervorgeht ²⁾, ist dem keine besondere Bedeutung beizumessen. Trotzdem erscheint es methodisch richtiger zu sein, beide Elemente zu unterscheiden.

Das Neue an dieser Ansicht ist nicht, daß der BGH die im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften auf die Gründungsgesellschaft für anwendbar erklärt. Das war auch früher schon selbstverständlich und bedurfte an sich keiner weiteren Diskussion, zumal in § 18 GenG und § 45 GmbHG der Vorrang des Statuts und des Gesellschaftsvertrages vor dem Gesetz auch für die Gründungsgesellschaft bestimmt ist ³⁾. Ja, sogar die Anwendung einzelner Vorschriften auf die GründungsgmbH wurde schon vom RG praktiziert ⁴⁾. Neu ist, daß die Gründungsgesellschaft grundsätzlich nach dem Recht der eingetragenen juristischen Person beurteilt und somit als Gesellschaft sui generis anerkannt wird und nicht mehr nur als BGB-Gesellschaft oder nicht rechtsfähiger Verein gilt.

Entscheidendes Argument des BGH ⁵⁾ für die Sonderrechtstheorie ist mit Recht das Faktum, daß der Wille der Gründer dahingeht, eine eingetragene Genossenschaft, GmbH oder AG zu schaffen ⁶⁾, nicht eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft oder einen nicht rechtsfähigen Verein. Diesen Willen setzen die Gründer auch durch Festsetzung des Statuts in die Tat um, und auf diese Art und Weise schaffen sie die spätere juristische Person schon vor der Eintragung, ausgenommen die Rechtsfähigkeit, so daß die Gründungsgesellschaft bereits in diesem Zeitpunkt als fertiger Typ der eingetragenen Gesellschaft entsteht.

1) Pohle ZGen 56, 315; Reinecke S. 31.

2) Dort sagt der BGH, daß § 133 GenG für die Gründungs-Gen nicht gelte. Der Grund dafür sei: die Gründungs-Gen wäre noch nicht im Handelsregister eingetragen.

3) argumentum a foriori.

4) RGZ 82, 290.

5) BGHZ 20, 285/286.

6) Hachenburg-Schilling Anm. 2 zu § 11; Paul NJW 47/48 418; Pohle ZGen 56, 315; Weyrich S. 23; Johst S. 52; v. Bismarck S. 64.

Für die so entstandene Gründungs-Gen oder Gründungs-GmbH, welche das äußere Erscheinungsbild der eingetragenen Gen bzw. GmbH aufweisen, enthalten nur die Bestimmungen über die entsprechenden eingetragenen Gesellschaften die passende Regelung. Daher ist das Recht der GmbH und der eingetragenen Gen bereits auf Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen anwendbar, soweit es nicht die Rechtsfähigkeit bzw. die Eintragung voraussetzt.

Gleiches wurde bereits oben aufgezeigt. Diese Entwicklung geht soweit, daß man sagen kann, der Typ der zukünftigen juristischen Person sei schon vor der Eintragung entstanden. Diese enthalte insofern deklaratorische Züge, so daß die Spezialgesetze über die GmbH, eingetragene Gen und die AG, bis auf die Normen, die die Rechtsfähigkeit bzw. die Eintragung voraussetzen, notwendigerweise Anwendung finden.

Es gibt aber noch weitere Argumente, welche vom BGH nicht erwähnt werden. So folgt aus der hier vertretenen Auffassung, daß die Gründungsgesellschaften der GmbH, AG und eingetragenen Gen völlig voneinander verschiedene Rechtsgebilde sind, deren Gemeinsamkeiten sich darauf beschränken, daß sie Entwicklungsstufen einer juristischen Person sind, während früher alle drei Gesellschaften unter denselben Rechtsbegriff - Verein oder Gesellschaft - gezählt wurden. Fischer¹⁾ sagt daher ganz richtig, es gehe nicht an, die verschiedenartigen Gebilde der Gründungs-GmbH, Gründungs-AG und Gründungs-Gen gleich zu behandeln und damit die wesentlichen Unterschiede ihrer Gestaltungs- und Organisationsformen außer acht zu lassen, wie dies die Gesellschafts- und Vereinstheorie vorschlagen. In der Tat wäre es unverständlich, wenn diese so andersartigen Vereinigungsformen nach dem Schema der normalen BGB-Gesellschaft oder des nicht rechtsfähigen Vereins leben müßten, und es keine geeigneten Formen für sie gäbe. Weshalb sollte gerade durch die Eintragung dieser Zustand geändert werden, da diese den Gründungsgesellschaften doch nur die Rechtsfähigkeit verleiht?

1) Fischer in Großkomm AktG Anm. 4 zu § 22; vgl. v. Bismarck S. 65/6.

Eine weitere Stütze erfährt diese Ansicht durch den oben schon erwähnten Gedanken, daß die juristischen Personen des Handelsrechts rechtsfähige BGB-Vereine sind und die Gründungsgesellschaften nicht rechtsfähige Vereine. Denn ebenso, wie die GmbH, die AG und die eingetragene Gen als handelsrechtliche Organisationen einen selbständigen Sonderstatus haben, so müssen ihre Gründungsgesellschaften, da sie ebenfalls dem Handelsrecht unterliegen, auch als arteigene Gesellschaftsformen anerkannt werden ¹⁾. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, braucht man jedoch nicht, wie Bismarck ²⁾, die Kapitalgesellschaft als ein neben der Individualgesellschaft und dem Verein stehendes selbständiges Rechtsinstitut zu qualifizieren. Dazu genügt die herkömmliche Einteilung.

Wie schon oben angedeutet, hat die Sonderrechtstheorie bis zur Übernahme durch den BGH ein Schattendasein geführt. Sie wurde praktisch nur am Rande diskutiert. So kommt es, daß die meisten Autoren, soweit sie die Sonderrechtstheorie überhaupt beachten, darauf verzichten, sich mit ihr eingehend auseinanderzusetzen ³⁾. Bei Brodmann ⁴⁾ findet man die recht kurze Bemerkung, die Theorie Feines sei ohne Erkenntniswert. Allein Bayer ⁵⁾ erörtert diese Fragen etwas eingehender.

Er führt aus ⁶⁾, gegen Feine sei zu sagen, daß es nicht darauf ankomme, was für ein Rechtsgebilde die Gründer schaffen wollten. Eine AG bzw. GmbH hätten sie durch ihren Zusammenschluß noch nicht ins Leben gerufen. Da sie aber bereits eine Vereinigung darstellten, müßten sie sich es gefallen lassen, daß diese als das behandelt werde, als was sie sich im Rechtsleben gebe. Personenverbände aber trügen entweder vereinsmäßigen oder gesellschaftsmäßigen Charakter. Folglich müsse auch die Gründungsvereinigung entweder die eine oder andere Organisationsform sein. Bayer ist

1) Johst S. 52.

2) v. Bismarck S. 67.

3) Wilke S. 20, 24.

4) Brodmann GmbHG Anm. 1 zu § 11.

5) Bayer, Diss. S. 36.

6) Bayer, Diss. S. 36.

insoweit zuzustimmen, als er alle Personenverbände auf die Formen der Gesellschaft und des Vereins zurückführen will ¹⁾. Das schließt aber gleichwohl nicht aus, der Sonderrechtstheorie zu folgen und dabei die Gründungsgesellschaft als nicht rechtsfähigen Verein anzusehen. Weiterhin meint er ²⁾, wenn das Gesetz ausdrücklich bestimme, daß AG und GmbH vor der Eintragung als solche nicht bestünden, so sei es nur folgerichtig, wenn man bis zu diesem Zeitpunkt die Rechtsinstitute und Organisationsformen des bürgerlichen Rechts heranziehe, die völlig ausreichen, um das eigenartige Gebilde der in der Entwicklung begriffenen Körperschaft rechtstheoretisch zu erklären und die sich dabei ergebenden praktischen Fragen in befriedigender Weise zu lösen. Da aber das Gesetz nur sagen will, daß eine rechtsfähige GmbH oder Gen nicht besteht, ist es durchaus zulässig, von der nicht eingetragenen GmbH bzw. Gen - der Gründungsgesellschaft - als handelsrechtlichem Sondertyp auszugehen. Ebenso geht aus den vorhergehenden Darlegungen hervor, daß die Formen des bürgerlichen Rechts eben nicht ausreichen, um die spezifische Erscheinung einer Gründung-GmbH im Vergleich zu der Gründung-Gen zu erklären und ^{von ihr} abzugrenzen. Ob sich im übrigen die auftauchenden Probleme in "befriedigender" Weise lösen lassen oder nicht, ist Ansichtssache. Jedenfalls ergibt sich doch eher der Eindruck, daß zum Beispiel die Vorschriften des GmbH-Gesetzes die Verhältnisse der Gründung-GmbH besser zu regeln verstehen, als es die Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft vermögen.

Schließlich macht Bayer ³⁾ Feine und Schreiber zum Vorwurf, sie würden mit ihrer Formulierung, die Gründungsvereinigung stelle eine noch nicht eingetragene AG bzw. GmbH dar, nichts erklären. Damit will er letzten Endes auf die Ansicht Brodmanns ⁴⁾ hinaus, der sagt, die Auffassung Feines sei ohne Erkenntniswert. Doch auch diese Argumente sind nicht haltbar. Zwar ist zuzugeben, daß die Formel von der nicht eingetragenen

1) A.M.: Hachenburg-Schilling Allg. Einl. Anm. 3; v.Bismarck S. 36.

2) Bayer, Diss. S. 36.

3) Bayer, Diss. S. 36.

4) Brodmann, GmbHG Anm. 1 zu § 11.

GmbH oder AG etwas unglücklich gewählt ist, da sie etwas Positives negativ ausdrückt. Das ist aber bei dem Ausdruck Gründungs-GmbH oder Gründungs-Gen nicht mehr der Fall. Ansonsten sagt aber auch der Begriff der nicht eingetragenen GmbH (Gen), daß es sich eben um eine Vereinigung handelt, welche bereits die Züge der rechtsfähigen GmbH trägt, obwohl sie noch nicht eingetragen ist. Ferner wird damit die nicht eingetragene juristische Person bewußt neben die Formen des Vereins und der Individualgesellschaft gestellt. Somit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie eine eigene handelsrechtliche Organisationsform ist. Der Erkenntniswert dieser Auffassung liegt nun darin, daß die Gründungsgesellschaft als Gebilde sui generis verstanden wird, welche sich weitestgehend an das Recht der späteren Kapitalgesellschaft anlehnt. Den Ausführungen Bayers und Brodmanns kann daher nicht gefolgt werden.

Es bleibt also dabei, daß die Gründungsgesellschaften der GmbH, der AG und der eingetragenen Gen arteigene Vereinigungsformen sind, die einem Sonderrecht, bestehend aus den gesetzlichen und vertraglichen Gründungsvorschriften und dem Recht der eingetragenen juristischen Person, soweit es nicht die Rechtsfähigkeit bzw. die Eintragung voraussetzt, unterliegen.

VII. Die Sonderrechtstheorie anhand des Gen- und des GmbH-Gesetzes.

Im folgenden soll nunmehr dargestellt werden, welche Vorschriften des GmbH- und des GenG auf die Gründungsgesellschaft anwendbar sind. Ferner soll zu den hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit umstrittenen Bestimmungen Stellung genommen werden.

Es wird also zu untersuchen sein, ob die jeweilige Vorschrift des Gen bzw. GmbHG, die Eintragung oder die Rechtsfähigkeit voraussetzt, d.h. ob diese Bestimmung ihrem Zweck nach schon auf die Gründungsgesellschaft anzuwenden ist, und ob die besondere Situation der

Gründungsgesellschaft ein solches Vorgehen überhaupt erlaubt. Denn vorrangig sind die gesetzlichen und vertraglichen Gründungsvorschriften. GmbH- und GenG können nur subsidiär gelten.

1. Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit.

1.) Rechtsfähigkeit.

Die Vorschriften der §§ 13 Abs. I GmbHG und 17 Abs. I GenG, welche der Gründungsgesellschaft Rechtsfähigkeit zuerkennen, sind auf die Gründungs-GmbH und die Gründungs-Gen nicht anwendbar, da sie notwendigerweise eine Rechtsperson als selbständigen Träger von Rechten und Pflichten voraussetzen ¹⁾. Die Gründungsgesellschaft kann daher nicht Inhaber der für sie begründeten Rechte und Pflichten sein ²⁾. Diese stehen vielmehr gemäß §§ 54 Satz 1, 718 ff BGB den einzelnen Mitgliedern gemeinschaftlich zur gesamten Hand zu.

Auf der anderen Seite unterliegt das Gesamthandsvermögen vollkommen dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Vorstandes und der Mitgliederversammlung der Körperschaft ³⁾. Insoweit ist es der Körperschaft zugeordnet. Das einzelne Mitglied ist folglich nur nominell am Gesamthandsvermögen berechtigt. Die tatsächliche Ausübung der Rechte bleibt der Korporation vorbehalten. Die Mitglieder können noch nicht einmal über ihren Anteil am Vermögen verfügen (§ 719 Abs. I BGB). Das Gesamthandsvermögen der Mitglieder der Gründergesellschaft muß mithin von ihrem Privatvermögen getrennt werden ⁴⁾. Das Körperschaftsvermögen ist ein selbständiges Sondervermögen. Mit Recht

1) Fischer in Großkomm AktG Anm. 8 zu § 22.

2) Dregger S. 75.

3) Enneccerus-Nipperdey S. 707.

4) Heberlein (S. 44) weist darauf hin, daß bei der Gründungs-GmbH die Einlagen auch tatsächlich der Verfügung der Gesellschaft völlig entzogen seien, weil sie sich gemäß § 8 Abs. II GmbHG in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden müßten.

sagt daher Dregger ¹⁾, daß bei der nicht rechtsfähigen Körperschaft Gesamthandsprinzip und körperschaftliche Verfassung in ihrem Zusammenwirken tatsächlich eine ebenso starke Verselbständigung des Körperschaftsvermögens gegenüber dem sonstigen Vermögen der Mitglieder bewirkt hätten, wie die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit bei den rechtsfähigen Körperschaften. Während also die §§ 13 Abs. I GmbHG, 17 Abs. I GenG nicht auf die Gründungsgesellschaft anzuwenden sind, bewirken körperschaftliche Struktur und Gesamthandsverfassung andererseits, daß die Gründungsgesellschaft de facto Inhaber eines verselbständigten Vermögens ist.

2.) Parteifähigkeit.

Da Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen nicht rechtsfähig sind, sind sie demnach auch nicht parteifähig. Sie sind also nicht imstande, Partei eines Prozesses zu sein.

Möglicherweise sind sie aber gemäß § 50 Abs. II ZPO passiv parteifähig. Diese Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, den nicht rechtsfähigen Verein zu verklagen. Nach der hier vertretenen Auffassung, die Gründungsgesellschaft sei auch nicht rechtsfähiger Verein, sind Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen mithin passiv parteifähig. Dieses Ergebnis entspricht der heute herrschenden Meinung. Da der BGH aber die Gründungs-GmbH und die Gründungs-Gen eventuell nicht als nicht rechtsfähigen ansieht, kommt für ihn insoweit nur eine analoge Anwendung des § 50 Abs. II ZPO in Frage ²⁾. Daß er grundsätzlich dazu bereit ist, hat er in der Entscheidung vom 10.10.1957 ³⁾ gezeigt, wo er eine mit korporativer Verfassung und eigenem Namen ausgestattete Verwaltungsorganisation von Miteigentümern für passiv parteifähig erklärte. Dem folgt für die Gründungs-GmbH auch das BAG ⁴⁾, welches dabei allein auf den körperschaftlichen Charakter der Vereinigung abstellt. Im Ergebnis macht das jedoch keinen Unterschied.

1) Dregger S. 79.

2) Das RG und seine Anhänger, die in der Gründungsgesellschaft eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sehen, können natürlich keine passive Parteifähigkeit annehmen.

3) BGHZ 25, 311; ebenso Rosenberg § 42 II 2.

4) BAG NJW 63, 681 r. Sp. mit zust. Anmerkung von Hueck.

Die Gründungs-GmbH und die Gründungs-Gen sind daher passiv parteifähig ¹⁾.

2. Konkursfähigkeit und Konkursverfahren.

1.) Konkursfähigkeit.

Bei der Frage nach der Konkursfähigkeit der Gründungsgesellschaft, braucht man noch nicht einmal auf die Vorschrift des § 213 KO, welche die Konkursfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins normiert, zurückzugreifen. Sie ergibt sich vielmehr schon aus der Anwendung der §§ 63 Abs. I GmbHG, 98 Abs. I GenG; denn das Konkursverfahren setzt, wie das Beispiel des nicht rechtsfähigen Vereins zeigt, keine Rechtsfähigkeit voraus ²⁾. Wichtig ist allein das Vorhandensein eines gesonderten Vermögens, wie es beim Zweckvermögen der nicht rechtsfähigen Körperschaft der Fall ist.

Unverständlich ist es daher, wenn Schilling ³⁾ und Kuhn ⁴⁾, welche beide die Sonderrechtstheorie vertreten ⁵⁾, schreiben, § 213 KO gelte nur für den nicht rechtsfähigen Verein, die analoge Anwendung der §§ 63 Abs. I GmbHG, 98 Abs. I GenG indes nicht in Erwägung ziehen. An anderer Stelle fügt Kuhn ⁶⁾ seinen Ausführungen noch hinzu, die Gründungs-GmbH sei deswegen nicht konkursfähig, weil sie kein Rechtssubjekt sei. Es kommt indes nur darauf an, ob in den §§ 63 Abs. I GmbHG, 98 Abs. I GenG notwendig ein rechtsfähiges Gebilde gefordert wird. Das ist aber nach den obigen Darlegungen nicht der Fall.

1) Scholz-Fischer Anm. 3 zu § 11; Fischer in Großkomm AktG Anm. 8 zu § 22; Baumbach-Duden Anm. 2 C zu § 105; Baumbach-Lauterbach § 50, 2 C; Feine S.202; Ganßmüller GmbHRdsch 1953, 117; derselbe GmbHRdsch 1955, 210; derselbe GmbHRdsch 1963, 104 r. Sp.; Johst S. 55; Reinecke S. 74; v.Bismarck S. 87.
A.M.: Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5 S. 8: "Die Heranziehung der für den nicht rechtsfähigen Verein geltenden Vorschriften ist weder zulässig noch folgerichtig"; Hachenburg-Schilling Anm. 7 zu § 11 meint, § 50 Abs. II ZPO spreche nur vom nicht eingetragenen Verein, das sei die werdende GmbH aber nicht.

2) Kalter KTS 55, 41; v. Bismarck S. 86.

3) Hachenburg-Schilling Anm. 7 zu § 11; Anm. 28 zu § 63.

4) Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5, S. 8.

5) Hachenburg-Schilling Anm. 2 zu § 11; Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5, S. 63.

6) Mentzel-Kuhn Anm. 2 zu § 207.

Ebensowenig erkennt Reinecke ¹⁾ der Gründungsgesellschaft Konkursfähigkeit zu. Er meint, aus der Rechtsnatur der Gesellschaft als Organisation sui generis ergebe sich, daß § 213 KO nicht verwendbar sei. Für die in der Entwicklung begriffene Vorgesellschaft bestehe auch kein Bedürfnis für einen selbständigen Konkurs, da - falls nur das erforderliche Stammkapital vorliege - die Eintragung auch noch bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit möglich sei. Reinecke übersieht aber, daß im Gründungsstadium auch die §§ 63, 64 Abs. I GmbHG, 98, 99 Abs. I, 118 Abs. I GenG Geltung haben, wonach die Geschäftsführer bzw. der Vorstand ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen haben, wenn sie nicht nach §§ 148 Abs. I Ziff. 2 GenG, 84 Abs. I GmbHG haften wollen. Danach kommt also eine Eintragung nicht in Betracht. Die Ansicht Reineckes ist somit abzulehnen.

Im übrigen nehmen heute viele Autoren ²⁾ und auch das BayObLG ³⁾ die Konkursfähigkeit der Gründungsgesellschaft an.

2.) Das Konkursverfahren.

Im übrigen sind auch die weiteren Bestimmungen des GenG - das GmbHG enthält nur die §§ 63, 64, 84 - auf die Gründungs-Gen anwendbar ⁴⁾, denn diese Vorschriften setzen nur die Konkursfähigkeit voraus ⁵⁾.

Die Eintragung der Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 102 GenG) in das Genossenschaftsregister muß allerdings unterbleiben, da dort eine eingetragene Gen vorausgesetzt wird.

1) Reinecke S. 50 Fußnote 44.

2) Scholz-Fischer Anm. 3 zu § 11; Fischer in Großkomm AktG Anm. 8 zu § 22; Böhle-Stammschräder Anm. 1 zu § 207; Feine S. 202; Ganßmüller GmbHRdsch 1955, 210 und GmbHRdsch 1953, 117; Kalter KTS 55, 41; Skrotzki KTS 62, 139; Johst S. 55; Dregger S. 72 und alle, die die Gründungsgesellschaft für einen nicht rechtsfähigen Verein halten.
A.M.: Bauer JZ 51, 211 und DRZ 50, 11; Deeg BB 50, 721; Otto BB 54, 573 und die, welche eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft annehmen.

3) BayObLG NJW 1965, 2256.

4) Skrotzki KTS 1962, 139; Zülch S. 158.

5) Zülch S. 156.

In der Literatur ¹⁾ wird noch darauf hingewiesen, daß § 106 Abs. III S. 2 GenG die Einreichung der Liste der Genossen an das Konkursgericht verlange, eine solche Liste aber erst nach der Eintragung der Gen erstellt werde. Diese Schwierigkeit läßt sich indes wie folgt beheben: Ist die Gen schon zum Genossenschaftsregister angemeldet, so liegt dem Registerrichter gemäß § 11 Abs. II Ziff. 2 GenG eine "Liste" der Genossen vor; ist das noch nicht der Fall, so muß ein Verzeichnis der Gründergenossen beigebracht werden. Damit steht der Anwendung des § 106 Abs. III S. 2 GenG nichts mehr im Wege.

3. Vertretungsmacht und Kapitalausstattungsgrundsatz.

Da die Gründungs-Gen und die Gründungs-GmbH schon einen Vorstand bzw. Geschäftsführer haben, ist nun zu untersuchen, inwieweit diese die Gründungsgesellschaft vertreten können. Es geht also um die Anwendbarkeit der §§ 37 Abs. II GmbHG, 27 Abs. II GenG, nach denen die Geschäftsführer bzw. der Vorstand im Außenverhältnis unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht haben. In unmittelbarem Zusammenhang steht hiermit die Frage, inwieweit die Geschäftsführer bzw. der Vorstand imstande sind, durch ein Handeln im Gründungsstadium die zukünftige eingetragene Gesellschaft zu verpflichten.

1.) Zuvor soll ein kurzer Überblick über die hierzu vertretenen Auffassungen gegeben werden.

a.) Die herrschende Meinung ²⁾ nimmt mit dem RG ³⁾ und dem

1) Skrotzki KTS 1962, 140; Zülch S. 157.

2) Hachenburg-Schilling Anm. 4 zu § 11; Scholz-Fischer Anm. 3 zu § 11; Baumbach-Hueck, GmbHG Anm. 1 zu § 11; Meyer-Meulenbergh Anm. 1 b zu § 13; Lang-Weidmüller Anm. 1 zu § 13; Krakenberger Anm. 1 b zu § 13; Baumbach-Duden Anm. 2 C zu § 103; Erman-Westermann Anm. 4 vor § 21; Palandt-Danckelmann Anm. 2 zu § 21; Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm. 43 zu § 54; Waldecker, Lehrbuch S. 112; Rieß S. 38; Fischer in Ehrenbergs Handb. S. 110; Paulick, Recht der eG, S. 100; Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5, S. 5; Thelen S. 20; Heberlein S. 61; Wilke S. 56; Sieburg S. 29; Hagemann S. 35; Haacke S. 67; Saß S. 35; Salinger S. 19; Bayer, Diss. S. 65.

3) RGZ 83, 373; 105, 229; 134, 122; 143, 372; 149, 303; 151, 91.

BGH ¹⁾ an, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Gründungs-GmbH und des Vorstandes der Gründungs-Gen sei auf die Vornahme der zur Errichtung der juristischen Person notwendigen Geschäfte beschränkt. Die danach wirksam zustande gekommenen Geschäfte würden auf Grund der Einheit von Gründungsgesellschaft und eingetragener Gesellschaft gemäß der Identitätstheorie nach der Eintragung auf die juristische Person "übergehen". Die Gründer könnten also nur insoweit die eingetragene Gesellschaft verpflichten. Jedes andere Geschäft bedürfe der Zustimmung der juristischen Person.

Mit dieser Konstruktion will man verhindern, daß alle, im Gründungsstadium getätigten Geschäfte unterschiedslos auf die soeben entstandene eingetragene Gesellschaft übergehen und sie, ohne jede Entscheidungsmöglichkeit ihrerseits, belasten, so daß die GmbH bzw. die Gen, entgegen dem äußeren Eindruck, bereits überschuldet entstehen würde. Die juristische Person soll also durch Schulden aus der Gründungszeit unbelastet zur Entstehung gelangen (Vorbelastungsverbot), so daß das Kapital ungeschmälert der eingetragenen Gesellschaft zur Verfügung steht (Kapitalausstattungsgrundsatz). Von letzterem spricht bei den Kapitalgesellschaften, die ein feststehendes Grundkapital aufweisen (AG, GmbH), Vorbelastungsverbot heißt es bei der Gen, da diese kein festbezeichnetes Kapital hat, das als Haftungsgrundlage für die Gläubiger dient, und die einzuzahlenden Geschäftsanteile nicht in erster Linie für die Sicherung der Gläubiger bestimmt sind - dafür ist das Nachschußverfahren geschaffen - , sondern um die Gen mit Betriebsmitteln auszustatten ²⁾.

b.) Feine ³⁾ und andere Autoren ⁴⁾ messen dem Kapitalaus-

1) BGHZ 17, 390.

2) BGHZ 15, 70; Paulick; Recht der eG § II 1.

3) Feine S. 203.

4) Scholz Anm. 9 zu § 11; derselbe GmbHRdsch 56, 5; Kluge ZGen 52, 68; Ganßmüller NJW 56, 1186 (nur für die Gen); Müller-Erzbach, Recht der Mitgliedschaft, S. 188 f; Schreiber S. 69; Dreßler S. 38; Johst S. 64/5; Dregger S. 82; Dilcher JuS 66, 92; v. Bismarck S. 97; Heberlein S. 46/7.

stattungsgrundsatz keine derartige Bedeutung bei, sondern räumen den Geschäftsführern bzw. dem Vorstand im Gründungsstadium unbeschränkte Vertretungsmacht ein. Die so zustandekommenen Geschäfte sollen dann auf Grund der Identitätstheorie unmittelbar die eingetragene Gesellschaft verpflichten.

Damit stände z.B. der Aufnahme des Geschäftsbetriebes im Gründungsstadium nichts mehr im Wege.

Nur Zülch ¹⁾ nimmt nicht ohne weiteres den Übergang von Rechten und Pflichten auf die eingetragene Gen an, sondern betont grundsätzlich den Unterschied zwischen tatsächlicher und rechtlicher Identität von Gründungs-Gen und eingetragener Gen ²⁾. Auf Grund dieser Unterscheidung kommt er zu dem Schluß, daß das Aktivvermögen der Gründungs-Gen im Wege stillschweigender Übertragung ³⁾ auf die eingetragene Gen übergehe, während das Passivvermögen wegen des Vorbelastungsverbot es nur mit Zustimmung der juristischen Person übergehen könnte ⁴⁾.

2.) An sich müßte nun gemäß den oben aufgestellten Grundsätzen geprüft werden, ob die §§ 37 Abs. II GmbHG, 27 Abs. II GenG auf die Gründungs-GmbH bzw. die Gründungs-Gen anwendbar sind, ob also

- (1.) die Geschäftsführer bzw. der Vorstand der Gründungsgesellschaft unbeschränkte Vertretungsmacht haben
- (2.) und ob eine etwa eingeschränkte Vertretungsmacht trotz allem nach §§ 37 Abs. II GmbHG, 27 Abs. II GenG unbeschränkt ist.

Es wurde jedoch bereits erwähnt ⁵⁾, daß die Vorschriften, die der Gesetzgeber speziell für die Gründungsgesellschaft gegeben hat, vor der Anwendung des Gen- und des GmbHG Vorrang haben.

1) Zülch S. 133.

2) Zülch S. 165 f.

3) Zülch S. 171, ebenso Horn NJW 1964, 90.

4) Zülch S. 173/4.

5) Kapitel V, 4, 1), S. 47.

Erst wenn feststeht, daß diese keine Regelung enthalten, darf auf die Bestimmungen des GmbH- und des GenG zurückgegriffen werden.

Daher ist nun zu untersuchen, ob die beiden genannten Gesetze Vorschriften enthalten, die auf eine fest umgrenzte Vertretungsmacht der Geschäftsführer oder des Vorstandes schließen lassen. Dabei werden vor allem zwei Gedanken zu beachten sein: daß der Gesetzgeber möglicherweise davon ausgeht, die eingetragene Gesellschaft müsse unbelastet von Geschäften aus der Gründungszeit entstehen, daher sei die Vertretungsmacht unter diesem Gesichtspunkt zu beschränken (Kapitalausstattungsgrundsatz bzw. Vorbelastungsverbot), zum anderen, daß sich die Begrenzung aus dem Gesetz und aus dem Zweck der Gründungsgesellschaft ergebe ¹⁾.

a.) Dabei soll zuerst ein Handeln der Geschäftsführer oder des Vorstandes im Namen der zukünftigen Gesellschaft geprüft werden, da sich daraus wertvolle Rückschlüsse auf das Bestehen des Kapitalausstattungsgrundsatzes ziehen lassen werden. Notwendigerweise wird dabei auch zum Umfang der Vertretungsmacht hinsichtlich der zukünftigen Gesellschaft Stellung zu nehmen sein.

aa.) Ausgangspunkt für diese Untersuchung ist das Aktienrecht, das in den §§ 41, 37, 36 AktG eindeutige, der Erhaltung des Kapitals dienende Vorschriften, kennt ²⁾. So heißt es in § 41 Abs. II AktG, daß die Gesellschaft vor ihrer Eintragung eingegangene Verpflichtungen nur im Wege der Schuldübernahme übernehmen kann, und § 36 Abs. II AktG bestimmt, daß die Anmeldung zum Handelsregister erst erfolgen darf, wenn ein Viertel des Nennbetrages der Aktie zur freien Verfügung des Vorstandes steht, und daß von diesem Betrag nur Steuern und Gebühren bezahlt werden dürfen. § 37 Abs. I AktG verlangt die Abgabe

1) BGHZ 17, 389.

2) BGHZ 17, 391; Ganßmüller NJW 1956, 1187.

einer dementsprechenden Erklärung bei der Anmeldung der Gesellschaft und den Nachweis, daß die eingezahlten Beträge zur freien Verfügung des Vorstandes stehen. Schließlich verfügt § 41 Abs. I Satz 1 AktG, daß diejenigen, die im Namen der zukünftigen Gesellschaft handeln, persönlich und solidarisch haften.

Mit dieser Regelung erreicht der Gesetzgeber, daß ein Handeln im Namen der zukünftigen Gesellschaft die eingetragene juristische Person grundsätzlich nur verpflichtet, wenn sie zugestimmt hat. Die Gläubiger können sich also darauf verlassen, daß das ausgewiesene Grundkapital noch nicht angetastet ist und der juristischen Person zur Verfügung steht. Es wird verhindert, daß die AG überschuldet entsteht.

bb.) Fraglich ist, ob man auch bei der Gründungs-GmbH und Gründungs-Gen von diesem Grundsatz ausgehen kann, denn dort hat sich der Gesetzgeber nicht so unmißverständlich ausgedrückt.

(1) Die Gründungs-GmbH.

Im Unterschied zum Aktienrecht enthält das GmbHG in den §§ 7 Abs. II, 8 Abs. II, 11 Abs. II nur den §§ 37 Abs. I, 41 Abs. I Satz 2 AktG entsprechende Vorschriften und nicht die des § 41 Abs. II AktG, in welcher der Kapitalausstattungsgrundsatz klar zum Ausdruck kommt. Auch § 36 Abs. II AktG entspricht nur in etwa § 7 Abs. II GmbHG. Es fehlt die Anordnung, daß nur Gebühren und Steuern bezahlt werden dürfen.

Ob man nur allein auf Grund der §§ 7 Abs. II, 8 Abs. II, 11 Abs. II GmbHG das Bestehen eines Kapitalausstattungsgrundsatzes für die GmbH annehmen kann, ist zweifelhaft ¹⁾.

Man könnte durchaus der Meinung sein, §§ 7 Abs. II, 8 Abs. II GmbHG sorgten zwar dafür, daß ein Viertel der Stammeinlagen zur Zeit der Anmeldung den Geschäftsführern zur freien Verfügung stünden, sie besagten aber nicht, daß die eingezahlten

1) v. Bismarck S. 125.

Gelder auch bis zur Eintragung der Gesellschaft zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen müßten, geschweige denn, daß die GmbH nicht mit Verpflichtungen aus der Gründungszeit belastet werden dürfe ¹⁾. Wenn der Gesetzgeber das habe erreichen wollen, so hätte er dafür sorgen müssen, daß die eingezahlten Gelder auch bis zur Eintragung zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen, und daß die Geschäftsführer eine diesbezügliche Versicherung abgeben müßten ²⁾. Es sei auch nicht Sinn und Zweck der §§ 7 Abs. II, 8 Abs. II GmbHG, in diese Richtung zu wirken. Diese Bestimmungen sollten vielmehr erreichen, daß die Gründung der Gesellschaft durch das Aufbringen des Stammkapitals ernstlich betrieben werde.

So solle verhindert werden, daß die Leistung der Stammeinlagen auf einen Zeitpunkt nach der Eintragung verschoben, und auf diese Art und Weise eventuell eine nicht lebensfähige Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werde. Was § 11 Abs. II GmbHG angehe, so sei diese Bestimmung ausschließlich dazu da, dem Drittkontrahenten einen Vertragspartner zu geben, um ihm für den Fall der Nichteintragung der Gründungs-GmbH einen Schuldner zu verschaffen ³⁾.

Keine der zitierten Vorschriften lasse daher auf das Bestehen eines Kapitalausstattungsgrundsatzes bei der GmbH schließen ⁴⁾.

Einer solchen Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden.

In § 7 Abs. II GmbHG bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß die Gesellschafter ihren ernstlichen Willen zur Gründung der GmbH durch eine Teilleistung auf die Einlageverpflichtung unter Beweis stellen sollen. Das ändert aber nichts daran, daß es sich hier um Beträge handelt, die der eingetragenen Gesellschaft gemäß § 5 Abs. I GmbHG zustehen ⁵⁾. Wenn das Gesetz insoweit eine teilweise vorzeitige Leistung verlangt, um das

1) Dilcher JuS 1966, 92/3.

2) v. Bismarck S. 126.

3) Scholz Anm. 2 zu § 11; derselbe GmbHRdsch 1956, 3.

4) Dilcher JuS 1966, 92/3.

5) Hachenburg-Schilling Anm. 22 zu § 7; Baumbach-Hueck GmbHG Anm. 3 A zu § 7; Scholz Anm. 13 zu § 7.

Entstehen der GmbH zu fördern, so kann man nicht, wie Dilcher ¹⁾, daraus schließen, dieses Geld dürfe bereits nach der Anmeldung der Gesellschaft, aber vor der Eintragung, wieder ausgegeben werden.

Das folgt auch aus Sinn und Zweck des § 8 Abs. II GmbHG. Hier verlangt der Gesetzgeber von den anmeldenden Geschäftsführern die Versicherung, daß die Einlagen zu einem Viertel bewirkt seien und sich zur freien Verfügung der Geschäftsführer befänden. Diese Vorschrift beinhaltet zunächst, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, daß die vorzeitig geleisteten Einlagen im Gründungsstadium nicht angetastet werden. Andererseits zeigt es, daß ihm durchaus bewußt war, daß für die Geschäftsführer gleichwohl die Versuchung besteht, diese Geldmittel bereits jetzt zu verbrauchen. Folglich hat er den Geschäftsführern die diesbezügliche Versicherung abverlangt, damit sie sich noch einmal ihrer besonderen Verantwortung für die Erhaltung der Stammeinlagen gegenwärtig würden. Aber nicht genug damit, hat der Gesetzgeber auch noch die Strafvorschrift des § 82 Abs. I Ziff. 1 GmbHG geschaffen, um seiner Forderung besonderen Nachdruck zu verleihen. Wenn v. Bismarck ²⁾ meint, falls der Gesetzgeber gewollt hätte, daß die Einlagen bis zur Eintragung unangetastet blieben, so habe er den Geschäftsführern eine dementsprechende Erklärung abverlangen müssen, so ist darauf zu erwidern, daß eine solche Versicherung ein bloßes Versprechen gewesen wäre, das nicht mit der Sanktion des § 82 Abs. I Ziff. 1 GmbHG zu erfassen gewesen wäre und noch nicht einmal besondere zivilrechtliche Folgen gehabt hätte.

Was die Regelung des § 11 Abs. II GmbHG angeht, so hat Scholz ³⁾ nur insoweit Recht, als er sagt, daß diese Vorschrift auch dazu da sei, dem Drittkontrahenten für den Fall der Nichteintragung der Gesellschaft einen Vertragspartner zu geben. Das ist aber nicht das einzige Ziel, welches der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgt. Dieses besteht ferner auch darin, dafür zu sorgen, daß der Dritte für den Fall, daß sich die einge-

1) Dilcher JuS 1966, 92/3.

2) v. Bismarck S. 126.

3) Scholz Anm. 2 zu § 11; derselbe GmbHRdsch 1956, 3.

tragene GmbH weigert, die Verpflichtung aus dem Geschäft zu übernehmen, einen Schuldner hat ¹⁾.

Daß die Auffassung von Scholz unrichtig ist, zeigt sich bereits daran, daß die Haftung der Handelnden, auch wenn die Gesellschaft nach der Eintragung den Vertrag genehmigt, fort-dauert ²⁾. Das wäre jedoch nicht der Fall, wenn es bei § 11 Abs. II GmbHG nur darauf ankäme, dem Dritten für den Fall der Nichteintragung der GmbH einen Vertragspartner zu verschaffen.

Ausgangspunkt der Überlegungen des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 11 Abs. II GmbHG war vielmehr auch, daß es deshalb der Haftung der Handelnden bedürfe, weil die zukünftige Gesellschaft grundsätzlich nicht durch ein Handeln im Gründungsstadium verpflichtet werden kann.

Das folgt bereits aus dem Wortlaut des § 11 Abs. II GmbHG, denn dort wird die Haftung der Handelnden normiert, eine Verpflichtung bzw. Haftung der späteren, eingetragenen Gesellschaft jedoch nicht in Betracht gezogen.

Ferner entspricht dies auch den Grundsätzen des Vertretungsrechts. Der Gesetzgeber geht prinzipiell davon aus, daß ein Dritter einen anderen nur dann vertraglich verpflichten kann, wenn dieser eingewilligt hat oder später zustimmt (§§ 177 ff BGB), bzw. wenn der Dritte gesetzliche Vertretungsmacht hat. Ohne Einwilligung des Vertretenen, hier also der zukünftigen GmbH, kommt eine Vertretung folglich nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung in Frage. Da dies jedoch eine Ausnahmeregelung ist, hat der Gesetzgeber diese Vertretung immer in einer besonderen Vorschrift angeordnet; so bei der GmbH und der Gen in den §§ 37 Abs. II GmbHG, 27 Abs. II GenG.

Für die Vertretung der zukünftigen GmbH und der zukünftigen Gen besteht eine solche spezielle Vorschrift allerdings nicht. Im Gegenteil, in einigen wenigen Bestimmungen hat der Gesetzgeber die Rechtsgeschäfte festgelegt, die auch für die zukünftige Gesellschaft verpflichtend sind. Das sind die der §§ 5 bis 8 GmbHG, die aber nur Geschäfte enthalten, die zur Eintragung der Gesellschaft führen.

1) BGH NJW 1967, 829.

2) BGH NJW 1965, 627; BGH Betrieb 1952, 1085; RGZ 116, 71.

Es deutet folglich alles darauf hin, daß das Gesetz den Geschäftsführern hinsichtlich der Vertretung der zukünftigen Gesellschaft keine unbeschränkte Vertretungsmacht eingeräumt hat, so daß jedes Rechtsgeschäft, welches nicht der Eintragung der GmbH dient, die zukünftige juristische Person nicht betrifft.

Daher muß man davon ausgehen, daß der Gesetzgeber den § 11 Abs. II GmbHG auch deshalb eingeführt hat, weil die zukünftige GmbH grundsätzlich - abgesehen von den geschilderten Ausnahmen - nicht durch ein Handeln im Gründungsstadium verpflichtet wird. Insoweit läßt diese Bestimmung aber auch einen Rückschluß auf das Bestehen eines Kapitalausstattungsgrundsatzes zu, denn auch diese Regelung zeigt, daß die zukünftige GmbH nicht mit Verbindlichkeiten belastet zur Entstehung kommen soll ¹⁾.

Somit ergibt sich, daß der Kapitalausstattungsgrundsatz, bezüglich der zukünftigen GmbH, auf Grund der §§ 7 Abs. II, 8 Abs. II, 11 Abs. II GmbHG anzuerkennen ist.

Gleichzeitig wurde schon darauf hingewiesen, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Hinblick auf die zukünftige Gesellschaft begrenzt ist. Das folgt einmal daraus, daß der Gesetzgeber in den §§ 5 bis 8 GmbHG, die die zukünftige GmbH verpflichtenden Geschäfte im wesentlichen bestimmt hat und nicht wie in § 37 Abs. II GmbHG unbeschränkte Vertretungsmacht angeordnet hat; zum anderen ergibt es sich aus dem Umstand, daß der Zweck der Gründungsgesellschaft nur darauf gerichtet ist, die zukünftige juristische Person zur Entstehung zu bringen ²⁾.

(2.) Die Gründungs-Gen.

Bei der Gründungs-Gen ist die Frage des Bestehens eines Vorbelastungsverbot es noch weitaus schwieriger als bei der Gründungs-GmbH zu beantworten. Denn selbst solche Vorschriften wie

1) BGH NJW 1967, 829; Soergel-Schultze- v. Lasaulx Anm. 43 zu § 54.

2) BGHZ 17, 389.

die §§ 7 Abs. II, 8 Abs. II, 11 Abs. ff GmbHG fehlen. Das liegt vor allem daran, daß die eingetragene Gen nicht über ein Eigenkapital im Sinne des nominell festgelegten Grund- und Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder des Gesellschaftsvermögens einer handelsrechtlichen Personengesellschaft verfügt ¹⁾. Die Summe der von den Genossen übernommenen Geschäftsanteile bildet nicht das Vermögen der Gen; sie bezeichnet nur den Höchstbetrag, bis zu dem sich die Genossen mit Einlagen beteiligen können (§ 7 Ziff. 2 GenG) ²⁾. Diese Einlagen sind keine Berechtigung am Betriebsvermögen der Gen; sie sind - wirtschaftlich gesehen - nur "Betriebsvorschüsse", die die Genossen für die Dauer ihrer Mitgliedschaft der Gen zur Verfügung stellen, um sie im Falle ihres Ausscheidens aus der Gen von dieser in Höhe des tatsächlich geleisteten Betrages zurückzufordern (§ 73 Abs. II Satz 2 GenG) ³⁾. Grundlage für die Haftung der Genossen gegenüber Dritten sind dann auch die im Rahmen des Nachschußverfahrens einzuziehenden Haftsummen. Die Gründergenossen sind noch nicht einmal verpflichtet, vor der Eintragung der Gen einen Teil ihrer Geschäftseinlagen zu erbringen (§ 7 Ziff. 2 GenG). Der Gründungs-Gen stehen also regelmäßig noch nicht einmal Einzahlungen zur Verfügung, so daß von ihrem "Erhalt" keine Rede sein kann.

Aus diesem Grunde nimmt Ganßmüller ⁴⁾ auch an, bei der Gründungs-Gen bestehe kein Vorbelastungsverbot. Andernfalls, so meint er, würde man Grundsätze aus dem Recht der Kapitalgesellschaften auf die Gen anwenden.

Gleichwohl sind die Bemühungen des Gesetzgebers nicht zu verkennen, auch die zukünftige eingetretene Gen von der Haftung für die vor der Eintragung begründeten Verpflichtungen freizuhalten ⁵⁾.

Für ein Vorbelastungsverbot spricht der auch bei der AG und GmbH gültige Gedanke, daß nur der Vorstand der eingetragenen

1) Paulick, Recht der eG § 6 II 1.

2) Paulick, Recht der eG § 6 II 1.

3) Paulick, Recht der eG § 6 II 1.

4) Ganßmüller NJW 1956, 1187.

5) BGHZ 17, 391.

Gesellschaft darüber bestimmen soll, aus welchen Verbindlichkeiten die eingetragene Gesellschaft in Anspruch genommen werden darf. Denn erst dem Vorstand der eingetragenen Gen hat das Gesetz in § 27 Abs. II GenG unbeschränkte Vertretungsmacht eingeräumt, die er in Gemäßheit des § 34 GenG auszuüben hat. Zülch ¹⁾ weist mit Recht darauf hin, daß, gerade weil die Gründungs-Gen regelmäßig noch kein Betriebskapital in der Form von Einlagen hat, die Geschäftsführung zu besonderer Sorgfalt und Vorsicht angehalten ist, um nicht durch ungünstige Geschäftsabschlüsse den Bestand der Gesellschaft zu gefährden. Erst nach der Eintragung, wenn sich übersehen läßt, wann und in welcher Höhe die festgesetzten Einlagen eingezahlt werden, läßt sich ein den Kräften der Gen angemessener Geschäftsumfang festlegen. Geschäfte vor der Eintragung gehören daher nicht zum Wirkungskreis des Vorstandes.

Ferner ist zu beachten, daß, ebenso wie im GmbH-Gesetz, die §§ 9 bis 11 GenG den Vorstand der Gründungs-Gen bestimmte Aufgaben zuweisen, die auch für die zukünftige Gen Wirkung haben. Diese Vorschriften zielen jedoch nur darauf ab, zur Entstehung der eingetragenen Gen beizutragen. Außerdem belasten diese Rechtsakte, abgesehen von geringfügigen Gebühren, zum Beispiel für die Eintragung oder die Prüfung durch den Revisionsverband, die zukünftige Gen nicht.

Im übrigen hat der Gesetzgeber dem Vorstand der eingetragenen Gen die unbeschränkte Vertretungsmacht aus Gründen des Verkehrsschutzes gegeben (vgl. § 27 Abs. II GenG). Vor der Eintragung der Gen spielen diese jedoch noch keine Rolle, weil die Gründungs-Gen weder im Genossenschaftsregister eingetragen ist, noch nach dem Willen des Gesetzgebers den vollen Geschäftsverkehr aufnehmen soll. Folglich ist auch aus diesem Grunde keine unbeschränkte Vertretungsmacht für den Vorstand der Gründungs-Gen erforderlich.

1) Zülch S. 60.

Aus all diesem folgt, daß auch hinsichtlich der zukünftigen Gen ein Vorbelastungsverbot anzunehmen ist und daß die Vertretungsmacht des Vorstands der Gründungs-Gen bezüglich der zukünftigen Gen eingeschränkt ist.

Es ist daher nicht der Ansicht Ganßmüllers zu folgen. Wie aufgezeigt wurde, ergibt sich das Vorbelastungsverbot nicht aus der Anwendung von Grundsätzen des Rechtes der Kapitalgesellschaften, sondern direkt aus dem Genossenschaftsrecht,

b.) Nunmehr gilt es auf den Ausgangspunkt dieses Abschnittes zurückzukommen und festzustellen, ob die Geschäftsführer bzw. der Vorstand im Hinblick auf die Gründungsgesellschaft unbeschränkte Vertretungsmacht haben.

Auch hier folgt das Ergebnis aus dem Kapitalausstattungsgrundsatz bzw. dem Vorbelastungsverbot, dem Zweck der Gründungsgesellschaft, aus dem Umkehrschluß aus §§ 37 Abs. II, GmbHG, 27 Abs. GenG und §§ 5 bis 8 GmbHG, 9 bis 11 GenG; denn den Geschäftsführern bzw. dem Vorstand ist im Gründungsstadium freigestellt, in welchem Namen sie auftreten, ob im Namen der zukünftigen Gesellschaft oder der Gründungsgesellschaft. Da aber in jedem Fall das Handeln auf die Schaffung der eingetragenen Gesellschaft abzielt, kann der Inhalt der Vertretungsmacht nicht unterschiedlich sein, zumal dieselben Vorschriften zu seiner Bestimmung herangezogen werden. So bezieht sich der Umkehrschluß aus §§ 37 Abs. II GmbHG, 27 Abs. II GenG zum Beispiel auf jegliches Handeln der Geschäftsführer oder des Vorstandes, solange sie nicht als Organe der GmbH oder der eingetragenen Gen tätig werden. Die Rechtsakte dagegen, die gemäß den §§ 5 bis 8 GmbHG, 9 bis 11 GenG vorgenommen werden, sind für die eingetragene Gesellschaft verbindlich, ohne Unterschied, ob die Geschäftsführer oder der Vorstand im Namen der zukünftigen Gesellschaft oder der Gründungsgesellschaft aufgetreten sind.

Schließlich folgt für die Gründungs-GmbH aus dem Kapitalausstattungsgrundsatz, daß die Verschuldung der Gründungsgesellschaft vermieden werden soll, denn jede im Namen der Gründungsgesellschaft begründete Verbindlichkeit würde das vor der Anmeldung der

Gesellschaft einzuzahlende Kapital belasten. Es wurde aber bereits oben gezeigt, daß diese Einlagen der eingetragenen Gesellschaft zustehen und unter gar keinen Umständen vor der Eintragung angetastet werden sollen - weder im Namen der zukünftigen Gesellschaft, noch in dem der Gründungsgesellschaft -. Es spielt hier also keine Rolle, ob man mit der h.M. ¹⁾ einen automatischen Übergang der Rechte und Pflichten von der Gründungsgesellschaft auf die eingetragene Gesellschaft annimmt oder wie Zülch gar kein Rechtsgeschäft übergehen läßt. Jedes wirksame Handeln für die Gründungs-GmbH belastet die Einlagen, die unverbraucht der eingetragenen GmbH zuzuführen sind. Was später einmal bei der Eintragung geschehen wird, ist hier uninteressant. Deshalb hat an dieser Stelle jede Argumentation, die auf das Übergehen oder Nichtübergehen der Rechte und Pflichten verweist, auszuscheiden.

Ebenso gilt für die Gründungs-Gen das Vorbelastungsverbot, welches gleichfalls verhindern will, daß die eingetragene Gesellschaft verschuldet zur Entstehung gelangt. Damit wird aber erst recht die Überschuldung der Gründungs-Gen untersagt, da eine solche zur Folge hätte, daß es zu einer Eintragung der angestrebten eingetragenen Gen nicht mehr käme.

Zülch ²⁾ ist allerdings in diesem Punkte anderer Ansicht. Er stimmt zwar mit der hier vertretenen Auffassung insoweit überein, als er für die zukünftige Gen ein Vorbelastungsverbot annimmt ³⁾, gleiches lehnt er aber für die Gründungs-Gen ab ⁴⁾. Er meint, bei letzterer stünde nur die Berechtigung und die Verpflichtung der Gründungs-Gen in Frage; da sollten die Geschäfte sofort abgewickelt werden und so müsse die Gründungs-Gen für die in ihrem Namen abgeschlossenen Geschäfte sogleich einstehen.

Die Auffassung Zülchs muß jedoch abgelehnt werden. Bereits sein Ausgangspunkt ist unrichtig. Er geht davon aus, daß die Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder der Gründungs-Gen unbeschränkt sei ⁵⁾, so daß sie schon jetzt den vollen Geschäfts-

1) Literaturhinweise zu Beginn des Kapitels.

2) Zülch S. 58, 138.

3) Zülch S. 58.

4) Zülch S. 133.

5) Zülch S. 133.

betrieb aufnehmen könnten ¹⁾. Das ist indes nach den obigen Ausführungen nicht möglich. Was die Zulässigkeit der Eröffnung des vollen Geschäftsbetriebes vor Eintragung angeht, so stützt sich Zülch auf eine Entscheidung des BGH ²⁾, die aber nur besagt, daß die Einzahlungspflicht der Genossen nicht wieder auflebe, wenn die Einzahlungen im Einverständnis aller Gründer schon vor der Eintragung zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes der Gen verwendet werden würde, da die Gründervereinigung trotz der Aufnahme des Geschäftsbetriebes auf die Errichtung einer Gen gerichtet bliebe. Was der BGH im übrigen von der vorzeitigen Aufnahme des Geschäftsbetriebes hält, führt er an anderer Stelle aus ³⁾: "Gewiß hat der Vorstand der im Werden befindlichen Genossenschaft die Pflicht dafür zu sorgen, daß die von ihm in Empfang genommenen Einzahlungen in die freie Verfügung der Genossenschaft nach deren Entstehung gelangen. Die Verletzung dieser Pflicht kann zu einer Schadensersatzpflicht des Vorstandes führen". Davon, daß der BGH die Aufnahme des Geschäftsbetriebes vor der Eintragung für zulässig hält, kann also keine Rede sein. Im übrigen führt Zülch ⁴⁾ an, wenn das Gesetz das Entstehen von Verbindlichkeiten durch den Gründungsvorgang vorsehe, so sei nicht einzusehen, warum nicht auch andere Geschäfte im Gründungsstadium vorgenommen werden dürften. Diese Argumentation ist nicht folgerichtig. Wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach dem vom Gesetzgeber gewählten System der Normativbestimmungen ein Handeln im Gründungsstadium für die einzutragende Gesellschaft unvermeidlich ist, kann man nicht von dieser Notwendigkeit auf eine uneingeschränkte Vertretungsmacht des Vorstandes schließen. Der Gesetzgeber hatte keine andere Wahl, als die notwendigsten Rechtsgeschäfte im Gründungsstadium zuzulassen. Zülch meint ferner ⁵⁾, es sei unzumutbar, daß die Gründergenossen die oftmals lang andauernde Zeit des Prüfungs- und Eintragungsvorganges mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebes warten müßten und möglicherweise günstige Geschäfts-

1) Zülch S. 7

2) BGHZ 15, 66.

3) BGHZ 15, 71.

4) Zülch S. 7.

5) Zülch S. 7.

abschlüsse versäumen würden; auch vom kaufmännischen Standpunkt aus sei es nicht vertretbar, wenn Kapital und Arbeitskräfte so lange brach liegen würden. Wie bereits in diesem Abschnitt ausgeführt, soll der Prüfungsverband ja gerade feststellen, inwieweit die Gen lebensfähig ist. Wenn die Gründungs-Gen dann schon den Geschäftsbetrieb aufgenommen hätte, wären schon vollendete Tatsachen geschaffen, was mit Sinn und Zweck der Prüfungspflicht unvereinbar wäre. Daß Kapital und Arbeitskräfte in dieser Zeit unausgenutzt sein sollen, ist sehr unwahrscheinlich, da vor der Eintragung oftmals noch keine Einlagepflicht besteht und deshalb auch noch keine Arbeitskräfte eingestellt sein dürften. Wenn es aber wirklich soweit käme, so müßte man es im Hinblick auf die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung hinnehmen. Im übrigen würden die Vorteile, die vielleicht einer einzelnen Gründungs-Gen durch die Aufnahme des Geschäftsbetriebes erwachsen könnten, die schwerwiegenden Nachteile, die sich im allgemeinen für den Rechtsverkehr ergeben würden, nicht aufwiegen.

Ferner widerspräche es auch Sinn und Zweck des Vorbelastungsverbotes, hinsichtlich der zukünftigen Gen und der Gründungs-Gen eine unterschiedliche Regelung anzunehmen, denn in beiden Fällen werden dieselben, von den Genossen zur Verfügung zu stellenden, Einlagen betroffen, unabhängig davon, ob man einen automatischen Übergang von Rechten und Pflichten annimmt. Und wenn bereits die Gründungs-Gen überschuldet ist, kommt es erst gar nicht mehr zu einer Eintragung der Gen.

Die Auffassung Zülch ist somit abzulehnen.

Damit ergibt sich, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer bzw. des Vorstandes auch hinsichtlich der Gründungsgesellschaft beschränkt ist.

c.) Offen ist nun noch die Frage, ob diese so begrenzte Vertretungsmacht auch im Außenverhältnis Dritten gegenüber wirksam eingeschränkt ist.

Dieses muß nach den bisherigen Ausführungen bejaht werden. Denn das Bestehen eines Kapitalausstattungsgrundsatzes bzw. eines Vorbelastungsverbot und die Annahme begrenzter Vertretungsmacht wären sinnlos, wenn die Vertretungsmacht der Geschäftsführer bzw. des Vorstandes nicht auch mit Außenwirkung beschränkt wäre.

Als Ergebnis läßt sich mithin feststellen, daß bereits aus den im GmbH- und GenG vorhandenen Gründungsvorschriften folgt, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer bzw. des Vorstandes mit Wirkung gegenüber Dritten begrenzt ist und das deshalb eine Anwendung der §§ 37 Abs. II GmbHG, 27 Abs. II GenG nicht in Betracht kommt.

Die Meinung von Feine ¹⁾, Scholz ²⁾, Dilcher ³⁾ usw., den Geschäftsführern bzw. dem Vorstand stände im Gründungsstadium unbeschränkte Vertretungsmacht zu, ist somit aus den oben dargestellten Gründen abzulehnen.

4. Die Haftung der Gründungsgesellschaft bzw. ihrer Mitglieder.

Hier geht es darum, ob die §§ 13 Abs. II GmbHG, 2 Ziff. 2, 23 Abs. I GenG auf die Gründungsgesellschaft anwendbar sind, so daß nur die Gründervereinigung mit dem Gesellschaftsvermögen und nicht die Mitglieder persönlich mit ihrem Privatvermögen für die entstandenen Verbindlichkeiten haften. Dabei kommt von den Genossenschaften hier nur die Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht in Betracht, da die Mitglieder der eGmbH im Gründungsstadium nicht besser stehen können als wenn die Gen eingetragen ist.

Solange jedoch die Gründungsgesellschaft nicht juristische Person geworden ist, kann sie als solche nicht haften, da sie nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Es kommt also nur die persönliche Haftung der Mitglieder der Gründungsgesellschaft in Betracht. So kennt das Gesetz die Regelung der §§ 54 Satz 1, 709, 714, 427 BGB für den nicht rechtsfähigen Verein und die §§ 709, 714, 427 BGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

1) Feine S. 203.

2) Scholz Anm. 9 zu §11.

3) Dilcher IuS 1966, 92.

Damit ist die Frage, ob die §§ 13 Abs. II GmbHG, 2 Ziff. 2, 23 Abs. I GenG notwendig eine juristische Person voraussetzen, bereits im negativen Sinn beantwortet. Erst mit dem Übergang des gesamthänderisch gebundenen Vermögens der Mitglieder der Gründungsgesellschaft auf die neue Rechtsperson anerkennt der Gesetzgeber die selbständige Haftung der Gesellschaft. Ursache für die damit eintretende Haftungsbegrenzung der Gesellschafter ist der Erwerb der Rechtsfähigkeit.

Allerdings ist unabhängig von der Frage, ob die genannten Vorschriften auf die Gründungsgesellschaft anwendbar sind, heute allgemein anerkannt ¹⁾, daß die Mitglieder der Gründungsgesellschaft beschränkt haften. Damit ist zumindest wirtschaftlich derselbe Effekt erzielt, wie er mit der Anwendung der §§ 13 Abs. II GmbHG, 2 Ziff. 2, 23 Abs. I GenG auf die Gründungsgesellschaft erreicht worden wäre, daß nämlich die Gesellschafter bzw. die Genossen nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen haften.

Die Entwicklung dieser Ansicht wurde dadurch erleichtert, daß die Gründungsgesellschaft seit jeher als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als nicht rechtsfähiger Verein angesehen worden ist. So übertrag man die für diese Rechtsformen inzwischen entwickelten Gedankengänge auf die Gründungsgesellschaft.

1) RGZ 39, 31; OLG München HRR 41, Nr. 704; OLG Nürnberg ZGen 1955, 237; BGH WM 55, 68; BGHZ 22, 245; Meyer-Meulenberg Anm. 1 b zu § 13; Parisius-Crüger- Citron Anm. 4 zu § 5; Ellinghaus Anm. 1 zu § 13; Teichmann-Köhler Anm. 4 zu § 34; Fischer in Großkomm AktG Anm. 10 zu § 22; derselbe in LM § 11 GmbHG Nr. 5, beschränkt dies aber zu Unrecht auf den Fall, daß die AG nicht eingetragen wird; Staub-Pinner Anm. 5 zu § 200; Feine S. 205; Fischer in Ehrenbergs Handbuch Hdb. III, 1 S. 110; Schreiber S. 68; Oswald Anm. zu LG Münster JR 1953, 262; derselbe in Anm. zu LG Memmingen MDR 1954, 235; derselbe in Anm. zu AG Naila MDR 1953, 234; Gadow IherJ 87, 250; Paul NJW 47/48, 418 1. Sp.; Deeg BB 1950, 720; Kluge ZGen 1952, 69; Baur DRZ 1950, 11; Ganßmüller GmbHRdsch 1953, 116; derselbe NJW 1956, 1187 1. Sp.; Otto BB 1954, 573; Schilling Anm. zu BGH JZ 55, 615; Kuhn WM 56 Sonderbeilage 5 S. 14; Heberlein S. 49; Dregger S. 33; derselbe GmbHRdsch 52, 185; Bernauer S. 32; Sieburg S. 37; Wilke S. 63; Dreßler S. 54; Bayer, Diss. S. 54, 81; Reinecke S. 38, 61/2; v. Bismarck S. 99.

So sagte bereits das RG in RGZ 63, 65 die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins könnten ausdrücklich oder stillschweigend die Vertretungsmacht des Vorstandes gemäß §§ 54 Satz 1, 714 BGB dahingehend regeln, daß ihre persönlich Haftbarkeit auf das Vereinsvermögen beschränkt sei ¹⁾. Später ging das RG noch weiter ²⁾ und meinte, eine solche Haftungsbeschränkung sei durch stillschweigende Satzungsbestimmung regelmäßig als gewollt anzusehen. Heute soll das als Gewohnheitsrecht gelten ³⁾. In der Literatur sind allerdings auch andere Wege beschritten worden. So erzielt Danz ⁴⁾ dieses Ergebnis, indem er von einer entsprechenden Vertragsabrede zwischen dem Vorstand und dem Drittkontrahenten ausgeht ⁵⁾. Andere ⁶⁾ sehen es als wesentlich an, daß der nicht rechtsfähige Verein ein Sondervermögen gebildet habe, welches zwar den Mitgliedern zur gesamten Hand zustehe, aber nicht deren Verfügungsmacht unterliege. Daher könne nur dieses für die Zwecke der Körperschaft gebundene Sondervermögen für die Verbindlichkeiten des nicht rechtsfähigen Vereins haften.

Es kann dahinstehen, welcher dieser der Ansichten der Vorzug zu geben ist, kommen sie doch alle zu demselben Ergebnis.

-
- 1) RGZ 74, 374; 85, 260, 143, 216; Erman-Westermann Anm. 6 zu § 54.
 - 2) Ebenso OLG München HRR 41 Nr. 704; OLG Nürnberg ZGen 1955, 237; Fischer in Großkomm AktG Anm. 10 zu § 22; Teichmann-Koehler Anm. 4 zu § 34; Paul NJW 1947/48, 418; Oertmann Anm. 3 a zu § 54; Kluge ZGen 1952, 69; Dreßler S. 64; Bernauer S. 32
 - 3) RGRK-BGB Anm. 17 zu § 54; Denecke JR 1951, 743; mit Recht zweifelnd: Staudinger-Coing Anm. 35 b zu § 54.
 - 4) Danz DJZ 1907, 381/2.
 - 5) Dagegen Rümelin AcP 101, 361.
 - 6) Staudinger-Coing Anm. 35 b zu § 54; Enneccerus-Nipperdey § 16 III 6 b; Boehmer, Grundlagen Bd. II, S. 179; Stoll, Festgabe für das RG Bd. II, S. 79; Schumann, Zur Haftung der nicht rechtsfähigen Vereine S. 12.

Da die Gründungsgesellschaft, wie bereits dargelegt ¹⁾, auch nicht rechtsfähiger Verein ist, lassen sich diese Gedanken ohne weiteres auf sie anwenden.

Man könnte zwar anführen, es gehe nicht an, eine stillschweigende Satzungsbestimmung dahingehend anzunehmen, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer bzw. des Vorstandes begrenzt sei, denn dem würden zwingende Formvorschriften entgegenstehen (§§ 2 Abs. I GmbHG, 5 GenG). Dabei würde man aber übersehen, daß bei der Gründungsgesellschaft die Vertretungsmacht kraft Gesetzes eingeschränkt ist und daß die Gründer von vorneherein erklärt haben, nur im beschränkten Umfang haften zu wollen ²⁾, und der Dritte von dieser Einschränkung Kenntnis besitzt, sobald er weiß, daß er es mit einer Gründungs-GmbH oder Gründungs-Gen zu tun hat ³⁾. Auf eine stillschweigende Vereinbarung braucht also noch nicht einmal abgestellt zu werden.

Damit ergibt sich folglich bei der Gründungsgesellschaft auch ohne Anwendung der §§ 13 Abs. II GmbHG, 2 Ziff. 2, 23 Abs. I GenG eine Beschränkung der Haftung der Mitglieder auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen.

5. Kaufmannseigenschaft; Bücher und Bilanzen.

1.) Umstritten ist die Frage, ob der Gründungsgesellschaft Kaufmannseigenschaft zuzusprechen ist, ob also die Bestimmungen der §§ 17 Abs. II GenG, 13 Abs. III GmbHG im Gründungsstadium Geltung haben. Nach diesen Vorschriften gilt die eingetragene Gen als Kaufmann und die GmbH als Handelsgesellschaft. Diese unterschiedliche Behandlung durch das Gesetz beruht darauf, daß die Gen in das Genossenschaftsregister und nicht in das Handelsregister eingetragen wird und daher keine Handelsgesellschaft ist ⁴⁾. Im übrigen hat sie keine Bedeutung, da nach § 6 Abs. IHGB die Vorschriften bezüglich

1) Kapitel VI, 2.

2) Staudinger-Coing Anm. 35 b zu § 54.

3) Feine S. 205.

4) Baumbach-Duden Einf. Buch II A; Schlegelberger-Hildebrandt Anm. 1 zu § 6.

der Kaufleute auch auf die Handelsgesellschaft Anwendung finden.

Entscheidend ist also, ob die §§ 17 Abs. II GenG, 13 Abs. III GmbHG notwendig eine Rechtsperson als Träger von Rechten und Pflichten oder die formale Eintragung voraussetzen.

Letzteres ist der Fall.

Das Gesetz behandelt beide Gesellschaften auf Grund der rein formalen Eintragung in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister als Handelsgesellschaft bzw. als Kaufmann. Und das geschieht unabhängig davon, ob sie ein Vollhandelsgewerbe, ein Minderhandelsgewerbe oder überhaupt ein Gewerbe betreiben ¹⁾, allein auf Grund der Rechtsform. Da diese Gesellschaftsformen vorwiegend für kaufmännische Zwecke verwendet werden ²⁾, hat sie der Gesetzgeber den für die Kaufleute geltenden Bestimmungen des HGB unterstellt. So werden diese Gesellschaften auch als Formkaufleute ³⁾ bezeichnet.

Wollte man dagegen aus praktischen Gründen der Gründungsgesellschaft Kaufmannseigenschaft zugestehen, so würde man an Umstände anknüpfen, die der Gesetzgeber nicht für maßgeblich erklärt hat, denn, erst wenn feststeht, daß die Gesellschaft eingetragen ist, sollen die besonderen Vorschriften des HGB gelten. Erst dann ist diese Regelung auch erforderlich und sinnvoll. Vorher besteht dazu noch kein Bedürfnis, da sich der Aufgabenkreis der Gründungsgesellschaft bis dahin auf die notwendigen Geschäfte erstreckt und der volle Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen worden ist.

In der Literatur vertreten Schultze-v.Lasaulx ⁴⁾ und Kalter ⁵⁾ die Ansicht, die Bestimmungen der §§ 17 Abs. II GenG, 13 Abs. III GmbHG würden keine rechtsfähige Gesellschaft voraussetzen. Schultze-v.Lasaulx ⁶⁾ führt dazu an, daß das Gesetz bei der OHG und der KG erkennen lasse, daß es zu einer Anerkennung eines

1) RGRK-HGB Anm. 1 zu § 6.

2) Cosack, Lehrbuch 4. Aufl. S. 27.

3) RGRK-HGB Anm. 1 zu § 6; Staub-Bondi Anm. 2 zu § 6.

4) Schultze-v.Lasaulx S. 19 ff in Festschrift.

5) Kalter KTS 1955, 41.

6) Schultze-v.Lasaulx S. 21 in Festschrift.

Verbandes als Kaufmann nicht einer juristischen Person bedürfe, sondern nur verlangt werde, daß das kaufmännische Gewerbe im Namen der Gesellschaft betrieben werde und daß die Gesellschaft selber sich zu einer straffen Einheit geschlossen habe. Schultze-v. Lasaulx und Kalter verkennen, daß das Gesetz hier nicht auf die materielle Rechtsfähigkeit abstellt, sondern allein auf die Tatsache der formellen Eintragung und daß es die Kaufmannseigenschaft gerade unabhängig davon zuerkennt, ob überhaupt ein Gewerbe betrieben wird. Ihre Argumentation geht mit hin an der Sache vorbei.

Schreiber ¹⁾, Feine ²⁾, Steimel ³⁾ und v. Bismarck ⁴⁾ sind sich zwar darüber im Klaren, daß die Gründungsgesellschaft nicht Formkaufmann ist, befürworten aber trotzdem aus praktischen Erwägungen, die Vorschriften des HGB auf dieselbe anzuwenden. Der Grund für diese Auffassung ist, daß alle vier Autoren der Gründungsgesellschaft gestatten, den vollen Geschäftsbetrieb aufzunehmen ⁵⁾. Da indes schon dieser Ausgangspunkt, wie im vorigen Abschnitt gezeigt, unrichtig ist, kann auch die weitere Schlußfolgerung, die generelle Anwendung der Vorschriften des HGB auf die Gründungsgesellschaft, nicht gebilligt werden. Insofern bedarf es auch nicht der Einführung des Begriffes eines "Quasikaufmanns" ⁶⁾ oder eines "Kaufmanns sui generis" ⁷⁾.

Anders könnte die Sachlage allerdings sein, wenn in die GmbH ein Handelsunternehmen eingebracht wird, da dessen Fortführung zu den notwendigen Geschäften zu zählen ist. Darauf weist insbesondere Feine ⁸⁾ hin. Aber da sich der eingebrachte Betrieb im ganzen in einer Umwandlung befindet, die Vertretungsmachten der persönlich Haftenden, der Prokuristen usw. erlöschen, so daß für jeden Dritten erkennbar ist, daß nun die Gründungsgesell-

1) Schreiber S. 70/1.

2) Feine S. 204.

3) Steimel S. 60/1.

4) v. Bismarck S. 78.

5) Schreiber S. 69; Feine S. 203; Steimel S. 61; v. Bismarck S. 119 Fußnote 3.

6) Steimel S. 61.

7) v. Bismarck S. 78.

8) Feine S. 204.

schaft durch eigene Organe tätig wird, kann man indes in Kauf nehmen. Es führt jedenfalls nicht zu völlig unerträglichen Konsequenzen, wie Feine behauptet.

2.) Unabhängig von dieser Frage, ist zu entscheiden, ob die die Bücher und Bilanzen betreffenden Vorschriften (§§ 41 GmbHG, 33 bis 33 h GenG) auf die Gründungsgesellschaft Anwendung finden.

Hier geht es allerdings nicht um die Anwendbarkeit einer nur für die eingetragene Gesellschaft gegebenen Vorschrift, wie bei den im vorigen Abschnitt behandelten Bestimmungen, sondern um eine Regelung, die sich eo ipso bereits auf die Gründungsgesellschaft bezieht. Die Buchführung jeder Gesellschaft muß sich auf den Beginn der Gesellschaft zurückverfolgen lassen ¹⁾. Dieser Beginn liegt in der Regel nach dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages, da von nun an schon die zur Entstehung notwendigen Geschäfte mit für die eingetragene Gesellschaft verbindlicher Wirkung abgeschlossen werden. Desgleichen ist die Eröffnungsbilanz bei Beginn der Tätigkeit zu erstellen. Diese beginnt aus dem eben erwähnten Grund ebenfalls schon vor der Eintragung der Gesellschaft ²⁾.

Die Frage, ob die genannten Bestimmungen eine juristische Person oder die Eintragung voraussetzen, stellt sich daher gar nicht, weil die Vorschriften sich insoweit ohnehin auf die Gründungsgesellschaft beziehen.

6. Die Liquidation.

1.) Die Liquidatoren.

Schon zu Beginn dieser Arbeit wurde darauf hingewiesen ³⁾, daß die Frage, ob die §§ 66 Abs. I GmbHG, 83 Abs. I GenG auf die Gründungsgesellschaft Anwendung finden, zwischen dem BGH ⁴⁾

1) Hachenburg-Schilling Anm. 3 zu § 41; Kalter KTS 1955, 40.

2) Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 41; Feine S. 570; v. Bismarck S. 79.

3) Einleitung Kapitel I.

4) BGH NJW 1963, 859.

und dem BAG ¹⁾ streitig ist. Es geht hier darum, ob die Geschäftsführer bzw. der Vorstand der Gründungsgesellschaft grundsätzlich auch die "geborenen" Liquidatoren der Gesellschaft in Liquidation sind, bzw. ob hier eine Abwicklung gemäß körperschaftsrechtlichen Grundsätzen stattfindet oder eine Auseinandersetzung nach §§ 730 ff BGB Platz greift.

Dabei muß man davon ausgehen, daß das Liquidationsverfahren eine den Verhältnissen der Körperschaft angepaßte Regelung ist, die dem Umstand Rechnung trägt, daß der Verband grundsätzlich durch Organe handelt. Bei der BGB-Gesellschaft, in der regelmäßig jeder Gesellschafter Vertretungsmacht hat (§§ 709, 714 BGB), ist andererseits auf Grund dieser Ausgestaltung der Vertretungsmacht gemeinschaftliche Auseinandersetzung am Platze. Diese unterschiedliche Regelung beruht folglich auf dem Gegensatz Korporation - Gesellschaft und nicht auf dem Umstand, daß es sich einmal um ein eingetragenes rechtsfähiges Gebilde handelt und ein anderes Mal um eine nicht rechtsfähige Organisation. Daher ist es grundsätzlich zulässig, die für das Liquidationsverfahren geltenden Bestimmungen des GmbH- und des Genossenschaftsrechts, insbesondere also die §§ 66 Abs. I GmbHG, 83 Abs. I GenG, auf die Gründungsgesellschaft anzuwenden.

In diesem Sinne hat auch das BAG ²⁾ entschieden, während der BGH ³⁾ diese Auffassung nicht teilt. Er ist der Meinung, daß es sich hier um eine Auseinandersetzung nach §§ 730 ff handelt und daß demgemäß die Gesellschafter sich auseinandersetzen müßten.

Dieser Rechtsprechung des BAG schloß sich dann auch das BayObLG ⁴⁾ an, das für die Gründungs-AG entschied, daß es sich bei der Auflösung nicht um eine Abwicklung nach Aktienrecht handle, so daß demzufolge keine Abwickler zu bestellen seien und daher auch keine gerichtlichen Liquidatoren nach § 206 Abs. II Satz 1 AktG a. F. zu berufen seien.

1) BAG NJW 1963, 680.

2) BAG NJW 1963, 680.

3) BAG NJW 1963, 859.

4) BayObLG NJW 1965, 2254.

Das BayObLG führt zur Begründung seiner Ansicht an, daß die Vertretungsmacht des Vorstandes der Gründungs-AG von vorneherein auf die notwendigen, zur Eintragung führenden Geschäfte beschränkt sei. Würde der Vorstand nun zum gerichtlichen Abwickler der in Liquidation getretenen Gründervereinigung bestellt, so erhielte er damit eine umfassendere Vertretungsmacht, als sie ihm bis zur Auflösung der Gründervereinigung zugestanden hätte. Das sei aber nicht möglich. Das BayObLG übersieht dabei allerdings, daß der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstandes der Gründungs-AG nach dem Zweck der Gründergesellschaft zu bestimmen ist ¹⁾. Dieser besteht jetzt nicht mehr in der Aufgabe, die eingetragene Gesellschaft zur Entstehung zu bringen, sondern gerade in der Abwicklung der Gesellschaft. Durch diesen Zweck enthält die Vertretungsmacht zwar einen veränderten Inhalt, erstreckt sich aber gerade auf die Vertretung im Liquidationsverfahren.

Weiterhin schließt das BayObLG aus dem Umstand, daß beim nicht rechtsfähigen Verein gemäß § 54 Satz 1 BGB das Recht der BGB-Gesellschaft Anwendung findet - der Vorstand des Vereins also nicht zum Liquidator berufen wird - daß nicht so sehr das Kriterium der körperschaftlichen Struktur als das der Rechtsfähigkeit dafür bestimmend sei, welche Personen das Gesetz als Abwickler beruft. Auch diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Es ist allgemeine Auffassung ²⁾, daß die Entscheidung des Gesetzgebers, den nicht rechtsfähigen Verein dem Gesellschaftsrecht zu unterstellen, verfehlt ist. Dann kann man aber auch eine solche, rechtssystematisch zu verurteilende, Lösung nicht zur Grundlage einer derartigen Beweisführung machen.

Die weiteren Ausführungen des BayObLG beschäftigen sich mit der Frage, ob das Liquidationsverfahren nach aktienrechtlichen Vorschriften vor sich zu gehen habe, ob insbesondere das Registergericht Abwickler bestellen könne. Das braucht indes hier noch nicht erörtert zu werden, da zuerst einmal feststehen muß, ob überhaupt Abwickler zu berufen sind. Das ist zu bejahen.

1) BGHZ 17, 390/391.

2) BGHZ 42, 210.

Der BGH ¹⁾ geht bei seinen Darlegungen zunächst davon aus, daß sich die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer Gründungs-GmbH im allgemeinen nur auf die Herbeiführung der Eintragung der gegründeten Gesellschaft beschränke. Das sei aber nicht der Fall, wenn ein bestehendes Geschäft fortgeführt oder oder in angebaute Geschäftsbeziehungen eingetreten werde. Dann käme die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der unbeschränkten Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer eingetragenen GmbH gleich. Insofern sei hier grundsätzlich eine Vertretung durch den Geschäftsführer möglich. Anschließend stellt der BGH fest, dieentsprechende Anwendung des § 66 Abs.I GmbHG entspräche nicht den für die Vertretung von Liquidationsgesellschaften maßgebenden Vorschriften. Die GmbH werde nach ihrer Auflösung deshalb durch die Geschäftsführer und nicht durch die Gesellschafter vertreten, weil das ihrer Rechtsform als juristische Person gemäß sei; bei den Personalgesellschaften seien dagegen die Gesellschafter von Gesetzes wegen (§§ 73o Abs.II, S.2, Teilsatz 2 BGB; 146 Abs.I, S.1 HGB) die Liquidatoren, weil dies dem personellen Element dieser Gesellschaftsform entspräche. Infolge der Auflösung der Gründungs-GmbH trete aber dieses personalistische Element in den Vordergrund, während die auf Errichtung der juristischen Person gerichteten Elemente nicht mehr wirksam werden könnten. Daher müsse § 73o Abs.II, S.2, Teilsatz 2 BGB und nicht § 66 Abs. I GmbHG auf die Gründungs-GmbH angewandt werden ²⁾.

Es kommt jedoch hier nur darauf an, ob § 66 Abs. I GmbHG notwendig eine juristische Person voraussetzt. Das aber hätte der BGH verneinen müssen, denn die Vertretung der Organe ist gerade dem Körperschaftsrecht eigentümlich. Sie wird nicht durch die Rechtsfähigkeit bedingt ³⁾. Abzulehnen ist die Formulierung des BGH, bei der Auflösung der Gründungs-GmbH träte das "personalistische Element" in den Vordergrund und "die auf die Errichtung der juristischen Person gerichteten Elemente" würden nicht mehr wirksam. Denn auf der anderen Seite nimmt der BGH das Weiterbestehen dieser Vereinigung als Gründungs-GmbH an und nicht die Umwandlung in eine Personengesellschaft. Das ist auch richtig, da die Körper-

1) BGH NJW 1963, 859.

2) Ebenso Hueck in AP Nr. 1 zu §11 GmbHG; Scholz, Nachtrag zum GmbHG Anm. 13 zu § 11; Baumbach-Duden Anm. 2 C zu § 1o5; Horn NJW 1964, 9o7

3) Schreiber S. 75; Ganßmüller GmbHRdsch 1963, 1o2.

schaft durch den Eintritt in das Liquidationsstadium nicht beendet wird, sondern nur ihre Zielsetzung ändert ¹⁾. Sie bleibt Korporation. Das bedeutet, daß der körperschaftliche Aufbau erhalten bleibt; Die Geschäftsführer bzw. der Vorstand haben noch Vertretungsbefugnisse, die Mitglieder bzw. Gesellschafterversammlung entscheidet mit Mehrheitsbeschluß. Es gibt folglich kein "personalistisches Element", welches in den Vordergrund treten könnte ²⁾. Ebenso wenig entfallen "die auf Errichtung der juristischen Person gerichteten Elemente". Das einzige "Element" der Gründungs-GmbH, welches entfällt, ist ihre Zwecksetzung, rechtsfähige GmbH zu werden. Das beeinflußt aber in keiner Weise den körperschaftlichen Aufbau der Vereinigung. Die Organisation der Gründungs-GmbH erfährt dadurch keine Veränderung ³⁾. Was den Umfang der Vertretungsmacht der Geschäftsführer angeht, so ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

Den Ausführungen des BGH kann somit nicht gefolgt werden.

Es ist vielmehr dem BAG zuzustimmen, wenn es ausführt ⁴⁾, der Übergang von der werdenden GmbH zu einer sich auflösenden mache aus dem korporationsähnlichen Sondergebilde keine Gesellschaft des BGB. Die werdende Gesellschaft trage stets zwei Entwicklungsmöglichkeiten in sich, nämlich einmal die, daß aus ihr nach der Eintragung eine juristische Person werde, zum anderen auch diejenige, daß sie bei Versagung der Eintragung in das Liquidationsstadium trete. Das ändere aber nichts an dem Rechtscharakter der Vorgesellschaft. Der Zweck der Liquidation, das Vermögen flüssig zu machen und die Gläubiger zu befriedigen, setze gerade das Bestehenbleiben des Gebildes in seiner bisherigen Rechtsgestalt bis zur Beendigung des Liquidationsverfahrens voraus. Bei einer Umwandlung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts würde ein völlig anderes Gebilde vorliegen.

1) Brodmann GmbHG Anm. 1 zu § 60; Baumbach-Hueck GmbHG Anm. 2 A vor § 60; Hachenburg-Schilling Anm. 1 zu § 60; Hueck GesR S. 45, 87, 187.

2) Ganßmüller GmbHGRdsch 1963, 101.

3) Ganßmüller GmbHGRdsch 1963, 101.

4) BAG NJW 1963, 681.

Ferner müssen auch die Erörterungen von Horn ¹⁾, welcher der Ansicht des BGH folgt, abgelehnt werden. Horn meint, eine Anwendung des GmbH-Rechts sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil feststehe, daß eine GmbH nicht mehr entstehen könne. Dabei übersieht er, daß die Gründungs-GmbH als Gesellschaft sui generis grundsätzlich solange dem GmbH-Recht untersteht, als sie nicht durch Gesellschafterbeschuß umgewandelt worden ist. Daher wird die Gründungs-GmbH durch die Geschäftsführer liquidiert.

Daß diese Lösung auch vernünftig ist, leuchtet ein, wenn man an eine Gründergesellschaft mit großer Mitgliederzahl denkt, wie das bei den Genossenschaften häufig der Fall ist. Wie sollen zum Beispiel mehrere hundert Gründergenossen gemäß § 730 Abs. II, Satz 2, Teilsatz 2 BGB gemeinsam die Gründungs-Gen abwickeln ²⁾? Das Gesellschaftsrecht des BGB ist für kleine Gesellschaften, in denen jeder jedem vertraut ³⁾, geschaffen. Es kann naturgemäß keine Lösung für größere Gesellschaften oder Genossenschaften enthalten. Man muß daher schon auf das GenG oder GmbHG zurückgreifen.

Gründungs-Gen und Gründungs-GmbH werden folglich gemäß §§ 83 Abs. I GenG, 66 Abs. I GmbHG durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführer abgewickelt.

2.) Das Liquidationsverfahren.

Die vom Gesetzgeber für das eigentliche Liquidationsverfahren vorgesehen Bestimmungen sind allerdings zum großen Teil nicht anwendbar, da die Abwicklung der eingetragenen Gesellschaft sich in enger Zusammenarbeit mit dem Registergericht vollzieht. Es handelt sich um die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft (§ 65 Abs. I GmbHG) und deren Eintragung (§ 82 Abs. I GenG), die Anmeldung der Liquidatoren samt deren Zeichnung (§§ 67, 68 GmbHG, 84, 85 GenG) und der diesbezüglichen Publizitätsvorschrift (§ 86 GenG). Insoweit ist dem BayObLG ⁴⁾ Recht zu geben. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß es sich hier grundsätzlich um ein Liquidationsverfahren han-

1) Horn NJW 1964, 90.

2) Bayer, Diss. S. 190.

3) Lange S. 188.

4) BayObLG NJW 1965, 2254; Feine S. 208; Schreiber S. 74.

delt und nicht um eine Auseinandersetzung.

3.) Nichtigkeitsklage, Auflösungsgründe, Auflösungsklage

Die hier u.a. zur Diskussion stehenden Bestimmungen der §§ 61, 62, 75 GmbHG, 79 a, 94, 96 GenG setzen eine eingetragene Gesellschaft voraus. Die Nichtigkeitsklage und die Auflösungsklage sind aus Gründen der Rechtssicherheit vom Gesetzgeber eingeführt worden. Diese Motivation kann indes für die Gründungsgesellschaft nicht maßgebend sein, da es sich hier um eine Vereinigung handelt, die noch nicht in einem öffentlichen Register eingetragen ist, auf deren Bestehen sich daher auch noch kein Dritter verlassen kann.

Was die Nichtigkeitsklage angeht, so ist festzustellen, daß, falls im Gründungsstadium ein Nichtigkeitsgrund auftritt, dieser sogleich zur Nichtigkeit der Gesellschaft führt. Es gelten nicht nur die in den §§ 75 GmbHG, 94 GenG aufgeführten Mängel - wesentliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages fehlen oder derartige Vorschriften sind nichtig - sondern es sind darüberhinaus auch alle sonstigen Fehler erheblich ¹⁾. Da die Gesellschaft bis zur Eintragung noch nicht nach außen in Vollzug gesetzt worden ist, d.h. da sie noch nicht den vollen Geschäftsbetrieb aufgenommen hat, führt die Geltendmachung dieser Mängel, soweit sich nicht aus §§ 139, 140 BGB etwas anderes ergibt, zur Nichtigkeit der Gesellschaft "ex tunc". Die Vornahme von notwendigen Geschäften ist insofern unerheblich, da diese nur der Vorbereitung der Aufnahme des Geschäftsbetriebes dienen. Es findet in diesem Fall also auch kein Liquidationsverfahren statt (§§ 77 Abs. I GmbHG, 97 Abs. I GenG) und die mit Dritten im Namen der Gründungsgesellschaft abgeschlossenen Geschäfte haben für die Gesellschaft keine Wirkung (§§ 77 Abs. II GmbHG, 97 Abs. II GenG).

Da der Registerrichter spätestens bei der Prüfung im Rahmen des Eintragsverfahrens eine erkennbare Nichtigkeit feststellen wird, ist dafür gesorgt, daß eine erkennbar nichtige Gesellschaft nicht eingetragen wird. Damit ist den Belangen des

1) Hachenburg-Schilling Anm. 2 zu § 79; Brodmann GmbHG Anm. 2 zu § 75; Ganßmüller Betrieb 1955, 714.

Staates vollauf Rechnung getragen. Ebensowenig erfordern die Interessen des Verkehrsschutzes die Nichtigkeitsklage, denn die Existenz der Gesellschaft wird noch nicht durch das Handelsregister verlaublich. Das schließt allerdings nicht aus, auf Feststellung der Nichtigkeit gemäß § 256 ZPO zu klagen. Doch hat diese Klage nur deklaratorische und keine konstitutive Wirkung.

Die Endigungsgründe für die eingetragene Gen und die GmbH (§§ 60 GmbHG, 78, 79 GenG) dagegen gelten fast alle bereits im Gründungsstadium, die gesetzlichen wie die satzungsgemäßen ¹⁾. Die Gründer wollen von vornherein eine von der Einzelperson unabhängige juristische Person schaffen, einen Verband, der eine selbständige Existenz führt. Daher sollen auch nur Umstände die Gründungsgesellschaft auflösen, die den Verband als solchen betreffen. Da folglich die Gründungsgesellschaft als Körperschaft nicht durch die in der Person eines Mitgliedes liegenden Gründe in ihrem Bestande gefährdet werden soll, haben die im GmbH- und GenG normierten Auflösungsgründe ausschließliche Geltung. Tod, Konkurs sowie die Kündigung eines Gesellschafters lösen somit, wie bereits ausgeführt ²⁾, die Gesellschaft nicht auf. Allerdings bedarf die Auflösung kraft Gesellschaftsbeschluss (§ 60 Abs. I Ziff. 2 GmbHG) der Einstimmigkeit, da es sich um eine noch über die Satzungsänderung hinausgehende Entscheidung handelt. Und auch die Auflösungsklage (§§ 60 Abs. I, Ziff. 3, 61 GmbHG) kann jetzt noch nicht erhoben werden. Ob eine "Kündigung aus wichtigem Grund" rechtswirksam ist, kann vom Registerrichter festgestellt werden. Dazu ist er im Rahmen des Eintragsverfahrens auch verpflichtet. Sollte den Gründungsgesellschaftern gleichwohl an der Klärung im Erkenntnisverfahren gelegen sein, so können sie Feststellungsklage erheben. Die hier vorgeschlagene Lösung ist insofern erheblich zeitsparender und rationeller. Andererseits ist zu beachten, daß die andere Regelung in § 61 GmbHG, daß die Kündigung aus einem in den Verhältnissen der Gesellschaft liegenden wichtigen Grund erfolgen muß, wie oben gezeigt, jetzt schon Geltung hat, da nur eine solche Kündigung unmittelbar den Verband betrifft.

1) Feine S. 208.

2) Kapitel IV, 2), b), dd) (1).

Gaßmüller ¹⁾ steht im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung auf dem Standpunkt, die Anwendung der Vorschriften über die Nichtigkeitsklage und die Auflösungsklage sei auch schon bei der Gründungs-GmbH geboten. Er meint, es handele sich immerhin um die Frage der Vernichtung eines sozialen Gebildes mit einer Vermögensgrundlage von den gesetzlichen Mindestbeträgen an aufwärts. Dem ist entgegenzuhalten, daß es für die Wahrung der Belange des Staates ausreicht, wenn der Registerrichter feststellt, ob die Gründungs-GmbH nichtig oder aufgelöst ist, und daß im übrigen die Interessen des Rechtsverkehrs nicht berührt werden, da die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Ob die Gründungs-GmbH schon eine Vermögensgrundlage hat, ist, solange die Gesellschaft noch nicht am Handelsverkehr teilnimmt, unerheblich. Die Ansicht Gaßmüllers ist daher abzulehnen.

Auch die Auflösung durch die Verwaltungsbehörde gemäß §§ 62 GmbHG, 81 GenG kommt schon für die Gründungsgesellschaft in Frage. Wenn die Gesellschafter gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen und dadurch das Gemeinwohl gefährden, so besteht auch im Gründungsstadium ein Interesse, dagegen einzuschreiten. Da die Gründungsgesellschaft passiv parteifähig ist, wird die Verwaltungsbehörde auch in die Lage versetzt, ein Verwaltungsstreitverfahren nach §§ 62 Abs. II GmbHG, 81 Abs. II GenG durchzuführen.

Der Auflösungsgrund des § 80 GenG hat indes keine Bedeutung, da eine Gen mit weniger als sieben Mitgliedern gar nicht erst eingetragen wird. Insofern gehen die im Gründungsstadium geltenden Bestimmungen vor.

Auch das Verfahren nach §§ 78a, 78b GenG bezüglich der Auflösung von Vorschuß- und Kreditvereinen ist im Gründungsstadium überflüssig, da die Gen noch nicht den vollen Geschäftsbetrieb aufgenommen hat, und somit die Interessen des Mittelstandes nicht berührt werden. Im übrigen gehört die Gründungs-Gen auch noch keinem Revisionsverband an.

1) Gaßmüller Betrieb 1955, 714.

7. Gesellschafter- und Generalversammlung

Was die Regelung hinsichtlich der Gesellschafter- bzw. Generalversammlung angeht, so wurde bereits mehrfach auf § 6 Abs. II GmbHG hingewiesen. Dort heißt es, daß die Geschäftsführer im Gründungsstadium auch nach Maßgabe der Vorschriften des dritten Abschnittes des GmbHG (§§ 45 bis 52 GmbHG) bestellt werden können. Es besteht daher kein Zweifel daran, daß die Bestimmungen der §§ 45 bis 52 GmbHG, 45 bis 50 GenG weder die Rechtsfähigkeit noch die Eintragung voraussetzen. Sie sind somit auf die Versammlungen im Gründungsstadium anwendbar ¹⁾.

In der Regel wird also bereits auf Grund des Mehrheitsprinzipes abgestimmt ²⁾. Geht es allerdings um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bzw. des Status gemäß §§ 53 ff GmbHG, 16 GenG, so reicht selbst die qualifizierte Mehrheit nach §§ 53 Abs. II GmbHG, 16 Abs. II GenG nicht aus. Der Beschluß muß, worauf schon hingewiesen wurde ³⁾, einstimmig gefaßt werden ⁴⁾, da es sich jedes Mal um eine Abänderung der einstimmig zu beschließenden Satzung handelt.

Auch die übrigen Vorschriften hinsichtlich der Satzungsänderung treten hinter die Gründungsvorschriften zurück. So entfällt die in §§ 54 Abs. I GmbHG, 16 Abs. III GenG vorgesehene Anmeldung der Satzungsänderung zum Register, da gemäß §§ 8 Abs. I, Ziff. 1 GmbHG, 11 Abs. II, Ziff. 1 GenG die Satzung in der zuletzt maßgebenden Form zusammen mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Registergericht einzureichen ist. Dessen gleichen erübrigt sich die Regelung nach §§ 54 Abs. III GmbHG, 16 Abs. IV GenG - danach wird die Änderung rechtlich

-
- 1) Lang-Weidmüller Anm. 4 zu § 11; Bayer JZ 1952, 552; v. Bismarck S. 73.
 - 2) Reinecke S. 33, 37; v. Bismarck S. 73; weitere Nachweise Kapitel IV, 2), b), bb), (2).
 - 3) Kapitel IV, 2), b), bb), (2).
 - 4) Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11; Feine S. 207; Kuhn WM 1956 Sonderbeilage 5, S. 6; Reinecke S. 33; v. Bismarck S. 74; weitere Nachweise Kapitel IV, 2), b), bb), (2).

erst wirksam, wenn sie ins Handels- bzw. Genossenschaftsregister eingetragen worden ist--. Da die Gen noch gar nicht eingetragen ist, erlangt die Satzungsänderung sofortige Wirkung. Ebenso ist es bei der Erhöhung (§§ 55, 56, 57, 59 GmbHG, 16 Abs. II GenG) und der Herabsetzung des Stammkapitals bzw. des Geschäftsanteils (§§ 58, 59 GmbHG, 16 Abs. II, 22 GenG) ¹⁾. Alle diese Vorgänge stellen Satzungsänderungen dar, für die die besonderen Gründungsvorschriften gelten ²⁾. Das hat der BGH ³⁾ in seiner Entscheidung vom 23.4.1956 auch mittelbar anerkannt. Er führt dort aus, daß die Haftsumme der Genossenschaft vor ihrer Eintragung herabgesetzt werden könnte, ohne daß dazu die Bestimmung des § 133 GenG zu beachten wäre oder sonstiger Gläubigerschutz bestünde.

8. Der Geschäftsanteil der Gründungs-GmbH.

Inwieweit die Bestimmungen über den Geschäftsanteil auf die Gründungsgesellschaft bezogen werden können, ist danach zu beurteilen, ob sie die Eintragung oder die Rechtsfähigkeit voraussetzen.

Der Geschäftsanteil ist die Summe der aus der Mitgliedschaft fließenden Rechte ⁴⁾. Er bestimmt sich nach dem Betrag der von jedem Gesellschafter übernommenen Stammeinlage (§ 14 GmbHG) und bildet somit das Äquivalent für die Übernahme der Stamm-

1) Reinecke S. 33.

2) Deshalb wird die Anwendung von § 82 Abs. I, Ziff. 2 GmbHG auf die Gründungs-GmbH durch § 82 Abs. I, Ziff. 1 GmbHG als Spezialvorschrift ausgeschlossen; denn die Herabsetzung des Stammkapitals hat im Gründungsstadium noch keine selbstständige Bedeutung. Sie ist Satzungsänderung, bei welcher keine besonderen Gläubigerschutzvorschriften notwendig sind. Ebenso schließt der erste Halbsatz des § 82 Abs. I, Ziff. 1 GmbHG den zweiten Halbsatz derselben Vorschrift aus. In gleicher Weise entfällt auch die Versicherung der Geschäftsführer nach § 58 Abs. I Ziff. 4 GmbHG.

3) BGHZ 20, 281.

4) Hachenburg-Schilling Anm. 4 zu § 14.

einlage ¹⁾. Obwohl die Gesellschafter nun gemäß § 7 Abs. II GmbHG ein Viertel von jeder Stammeinlage vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister eingezahlt haben müssen, kann man in dieser Beteiligung noch nicht das Entstehen des Geschäftsanteils der GmbH sehen. Insofern setzt diese das Bestehen der GmbH voraus.

Andererseits gelangt die Gründungs-GmbH in den Besitz dieser Geldmittel und hat insoweit ein eigenes Vermögen. An diesem sind die Gesellschafter beteiligt. Und dieser Anteil wird unverändert zum Geschäftsanteil der GmbH. Vor der Eintragung stellt er die Summe der Mitgliedschaftsrechte an der Gründungs-GmbH dar, und nach der Eintragung die Beteiligung an der GmbH. Versteht man den Begriff "Geschäftsanteil" in diesem Sinne, also als Summe der Mitgliedschaftsrechte an der jeweiligen Vereinigung, dann setzt er nicht notwendig die Beteiligung an einer juristischen Person voraus.

Allerdings gibt es im Hinblick auf die Gründungsvorschriften und den Eintragungsgrundsatz einige Bestimmungen, die nicht auf die Gründungs-GmbH anwendbar sind. Der Aus- und Eintritt von Gesellschaftern, verbunden mit der Herauf- und Herabsetzung der Stammeinlagen, bedarf, wie oben ausgeführt, der einstimmigen Satzungsänderung. Ferner führt auch die Veräußerung eines Geschäftsanteils (§ 15 Abs. I GmbHG) ¹⁾ zu einer Satzungsänderung und dazu, daß der neu hinzutretende Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag nach § 2 GmbHG unterzeichnen muß und somit als Gründer gilt. Ein Gründer darf auch nicht mehrere Stammeinlagen übernehmen. § 15 Abs. II GmbHG wird durch § 5 Abs. II GmbHG ausgeschlossen. Ebensowenig sind die Bestimmungen der §§ 16, 17 GmbHG anwendbar. Die Anmeldung der Veräußerung des GmbH-Anteils bei der Gesellschaft entfällt schon deshalb, weil die übrigen Gesellschafter bereits bei der Satzungsänderung davon Kenntnis genommen haben (§ 16 GmbHG).

1) Die Abtretung des zukünftigen Geschäftsanteils ist allerdings nach allgemeiner Meinung im Gründungsstadium ohne die Zustimmung aller Gesellschafter möglich. Dabei muß dann § 15 GmbH beachtet werden. Zu dieser Frage auch Reinecke S. 35 (mwN).

Die Veräußerung eines Teiles von einem Geschäftsanteil ist ebenfalls nicht zuzulassen (§ 17 GmbHG), da im Gründungsstadium kein Bedürfnis dafür besteht. Wenn ein neuer Gesellschafter im Gründungsstadium der Gesellschaft beitrtritt, so ist eine einstimmige Satzungsänderung erforderlich, und der Betreffende ist, wie oben erwähnt, Gründer. Als solcher muß er aber Inhaber einer direkten, nicht abgeleiteten, Beteiligung am Stammkapital sein.

Neben der Anwendbarkeit der §§ 18, 19 GmbHG auf die Gründungs-GmbH muß man auch schon die Kaduzierung eines Geschäftsanteils zulassen ¹⁾. Es handelt sich hier natürlich um die Kaduzierung des Anteils an der Gründungsgesellschaft, die sich aber notwendigerweise auf die GmbH auswirkt.

Das RG ist allerdings anderer Auffassung ²⁾. Es meint, das Kaduzierungsverfahren sei nur auf die eingetragene GmbH beschränkt. Ziel eines solchen Verfahrens sei es, den Geschäftsanteil für verlustig zu erklären. Daher werde ein bestehender Geschäftsanteil vorausgesetzt. Dieser entstehe erst mit der Eintragung ³⁾. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß auch schon vor Eintragung der Gründungs-GmbH ein Geschäftsanteil besteht, dessen Kaduzierung nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzt. Zweck dieses Verfahrens ist es allein, säumige Zahler zur Erledigung ihrer Einzahlungsverpflichtungen anzuhalten. Die Gründung soll nicht an der Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters scheitern ⁴⁾. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die Gesellschaft eingetragen ist oder nicht.

1) Hachenburg-Schilling Anm. 8 zu § 11; Brodmann GmbHG Anm. 2 zu § 11; v. Bismarck S. 75

2) RGZ 58, 57.

3) Reinecke S. 35.

4) v. Bismarck S. 75.

Abzulehnen ist auch die Ansicht Schmidts ¹⁾, welcher meint, das Recht zur Kaduzierung stehe nur der Gesellschaft zu. Diese müsse daher entstanden sein. Es besteht, wie soeben gezeigt, kein Grund zur Annahme, dieses Recht könne nur der juristischen Person zustehen. Auch die Gründungs-GmbH ist in der Lage, ein solches Verfahren durchzuführen. Das Recht zur Kaduzierung steht in diesem Fall der Gesamtheit der Gründungsgesellschafter zu. Für diese handeln die Geschäftsführer, denen auch die dement-sprechende Vertretungsmacht zusteht, da es sich um einen Rechts-akt handelt, der dem Zweck der Gründungsgesellschaft, die GmbH zur Entstehung zu bringen, dient.

Somit sind die das Kaduzierungsverfahren betreffenden Vorschrif-ten, §§ 21 bis 25 GmbHG, auf die Gründungs-GmbH anwendbar.

Auszuscheiden haben dagegen die Bestimmungen der §§ 33, 34 GmbHG.

Die Gründungsgesellschaft darf in keinem Fall ihre eigenen Ge-schäftsanteile erwerben, mögen sie bezahlt oder nicht bezahlt sein (§ 33 Abs. I und Abs. II GmbHG). Würde man diesen Erwerb gestatten, so müßte sich die Gründungs-GmbH als ihr eigener Gründer zum Handelsregister anmelden. Das ist aber schon lo-gischerweise nicht möglich und widerspräche den Vorschriften der §§ 3, 8, 12 GmbHG.

Ebenso ist die Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 34 GmbHG) im Gründungsstadium unzulässig, denn die Gesellschaft muß zu-vor mit den im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Einlagen ent-standen sein. Außerdem käme die Amortisation, da die Einlage bis zur Eintragung regelmäßig noch nicht voll geleistet ist, einer nach §§ 34 Abs. III, 30 Abs. I GmbHG unstatthaften Rück-zahlung gleich ²⁾ und wäre somit schon aus diesem Grunde nicht an-gänglich.

1) Hachenburg-Schmidt Anm. 5 zu § 21; ähnlich auch Scholz Anm. 10 zu § 21; Baumbach-Hueck GmbHG Anm. 2 E zu § 21.

2) Hachenburg-Schmidt Anm. 2 zu § 34; Scholz Anm. 4 zu § 34.

9. Geschäftsanteil und Haftsumme der Gründungs-Gen.

Was den Geschäftsanteil angeht, so gilt für die Gründungs-Gen im Prinzip genau dasselbe wie bei der Gründungs-GmbH. Soweit die Gründergenossen schon vor der Eintragung Einzahlungen auf ihren Geschäftsanteil gemacht haben, entsteht ein Geschäftsanteil an der Gründungs-Gen.

Allerdings können die Bestimmungen der §§ 16, 22 GenG im Gründungsstadium keine Bedeutung entfalten, da die Herauf- und Herabsetzung von Geschäftsanteilen nur durch einstimmigen Beschluß erfolgen kann und eine Bekanntmachung dieses Beschlusses im Genossenschaftsregister nicht in Frage kommt.

Damit entfallen auch die Gläubigerschutzvorschriften des § 22 Abs. II, III GenG ¹⁾. Im übrigen wird der Beschluß entgegen der Regelung in § 16 Abs. IV GenG sofort und nicht erst mit der Eintragung der Gen wirksam.

Auch die Vorschriften der §§ 119 ff GenG gelten zum großen Teil schon für die Gründungs-Gen.

Bei den §§ 119, 131, 134 GenG handelt es sich um Bestimmungen, welche unmittelbar den Inhalt des Statuts betreffen, und auch die §§ 120, 131 a GenG, die sich auf den Beitritt gemäß § 15 GenG beziehen, regeln Fragen der Gründungsgesellschaft.

Die Erhöhung der Haftsumme, die eine Abänderung des Statuts mit sich bringt (§ 131 Abs. II GenG), bedarf eines einstimmigen Beschlusses der Generalversammlung. § 132 GenG tritt insoweit zurück. Gleiches gilt für die Herabsetzung der Haftsumme gemäß §§ 133, 16 Abs. I GenG. In diesem Fall finden auch die Gläubigerschutzvorschriften (§§ 133, 22 GenG) keine Anwendung, da der Beschluß, wie oben ausgeführt, nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen werden kann. Im übrigen kann auch noch kein Gläubiger auf die Höhe der Haftsummen ver-

1) BGHZ 20, 289/290; zustimmend Meyer-Meulenbergh Anm. 3 zu § 133.

trauen, solange sie nicht in das Register eingetragen ist, da sie jederzeit durch einstimmige Änderung des Statuts gemäß § 5 GenG vor der Eintragung noch abgeändert werden kann. Insofern ist der vom BGH ¹⁾ getroffenen Entscheidung, daß die Vorschriften der §§ 133, 22 GenG im Gründungsstadium keine Geltung besitzen würden, zuzustimmen.

Auch § 133 a GenG ist jetzt noch unanwendbar. Die Zerlegung des Geschäftsanteils und der Haftsumme setzt zwar keine rechtsfähige Gen voraus, ist im Gründungsstadium jedoch überflüssig. Da es ohnehin zu einer Satzungsänderung kommt, können die beabsichtigten Anteile auch sogleich geschaffen werden. Im übrigen ist es Sinn und Zweck dieser Vorschrift, die in der Zerlegung von Geschäftsanteil und Haftsumme liegende Herabsetzung der Haftsumme ohne Einhaltung der Gläubigerschutzvorschrift des § 22 GenG durchführen zu können. Dieses Ziel kann hier, wie ausgeführt, auch ohne die Vorschrift des § 133 a GenG erreicht werden.

Auch die Übernahme eines weiteren Geschäftsanteils an der Gründungs-eGmbH nach § 137 Abs. I GenG ist zuzulassen, sofern der Betreffende die übrigen Anteile voll bezahlt hat (§ 136 GenG). Eine dementsprechende Versicherung des Vorstandes sowie die unbedingte Übernahmeerklärung des Genossen sind mitsamt der Anmeldung der Genossenschaft zum Registerrecht einzureichen. Damit die Beteiligung auf den weiteren Geschäftsanteil wirksam wird, bedarf es indes nicht der in § 137 Abs. III GenG geforderten Eintragung, sondern es genügt die Übernahme..

10. Austritt und Kündigung bei der Gründungs-Gen.

Des weiteren ist der Austritt aus der Gründungs-Gen sowohl durch Kündigung nach § 65 GenG als auch nach § 66 GenG unzulässig. Die Kündigung setzt zwar nicht notwendigerweise eine juristische Person voraus - so ist auch die Gesellschaft

1) BGHZ 20, 281.

bürgerlichen Rechts nach § 723 Abs. I BGB aufkündbar - es greifen jedoch die gesetzlichen Gründungsvorschriften ein, wonach das Ausscheiden eines Genossen im Gründungsstadium der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf (§§ 11, 15 GenG). Ferner können aus dem gleichen Grunde auch die weiteren Bestimmungen, hinsichtlich der übrigen Austritts- bzw. Ausschußgründe, z.B. dem der Wohnsitzverlegung (§ 67 GenG) oder die Ausschließung durch die eingetragene Gen nach § 68 GenG, keine Geltungskraft beanspruchen; ebensowenig die Verfahrensvorschriften der §§ 69, 70, 71, 72 GenG. Anders ist es allerdings mit den Vorschriften bezüglich der Auseinandersetzung (§ 73 GenG) bzw. deren Vermeidung durch Übertragung des Geschäftsguthabens auf einen anderen Genossen im Wege des § 76 GenG, der Verjährung des Anspruchs auf Auszahlung des Geschäftsguthabens (§ 74 GenG) und der Regelung des Auflösungsverfahrens der Gen binnen sechs Monaten nach dem Ausscheiden eines Genossen. Diese Vorschriften, welche den Schutz der Gen und der Gläubiger bezwecken, sind weder durch die Rechtsfähigkeit bedingt, noch werden sie durch spezielle Gründungsvorschriften ausgeschlossen. Ihr Schutzcharakter muß sich daher auch auf die Gründungs-Gen erstrecken. Allerdings gilt es zu beachten, daß diese Regeln nur zum Zuge kommen, wenn der Betreffende auf Grund einstimmigen Beschlusses ausscheidet.

Weiterhin hat auch § 77 GenG Bedeutung für die Gründungsgesellschaft, denn da § 77 GenG weder Rechtsfähigkeit noch Eintragung voraussetzt, bestätigt sich hier, daß die Gründungs-Gen nicht durch den Tod eines Gründers aufgelöst wird. Die übrige Regelung, wonach der Genosse erst am Ende des Geschäftsjahres ausscheidet und seine Erben bis zu diesem Zeitpunkt die Mitgliedschaft fortsetzen, entfällt. Das folgt aus § 4 GenG, der besagt, daß die Zahl der Gründer sich mindestens auf sieben belaufen muß. Andernfalls könnte es geschehen, daß, wenn ein Gründergenosse vor der Eintragung stirbt und seine Erben erst nach der Eintragung ausscheiden, am Schluß des Geschäftsjahres nur noch sechs Genossen vorhanden wären. Es muß aber bereits

vor der Eintragung endgültig entschieden sein, ob die Gründungs-Gen sieben Mitglieder hat. Im übrigen besteht hier auch kein praktischer Anlaß das Ausscheiden der Erben bis zum Schluß des Geschäftsjahres aufzuschieben

11. Die genossenschaftliche Prüfungspflicht.

Hier geht es um die Frage, ob die §§ 53 ff GenG für die Gründungs-Gen Geltung haben. Das wäre nur der Fall, wenn die Gründungs-Gen als solche bereits jetzt einem Prüfungsverband angehören würde, denn eine Prüfungspflicht kann nach Genossenschaftsrecht nur für das Mitglied eines Revisionsverbandes bestehen.

Bei der Untersuchung dieser Frage ist von §§ 54 Abs. I, 11 Abs. II, Ziff. 4 GenG auszugehen. Nach § 54 GenG muß nur die eingetragene Gen einem Prüfungsverband angehören, von der Gründungs-Gen ist keine Rede. Ebenso normiert § 11 Abs. II, Ziff. 4 GenG, daß bei der Anmeldung der Gen zum Register die Bescheinigung eines Prüfungsverbandes über die Zulassung zum Beitritt vorzulegen ist. Damit ergibt sich eindeutig, daß die Gründungs-Gen noch nicht Mitglied des Revisionsverbandes ist, denn "Zulassung zum Beitritt" heißt eben, daß noch keine Mitgliedschaft besteht.

Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung auch in § 63 b Abs. II GenG, wonach die Mitglieder eines Revisionsverbandes sich nur aus eingetragenen Gen und ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform solchen Unternehmungen, welche sich ganz oder überwiegend in der Hand eingetragener Gen befinden oder dem Genossenschaftswesen dienen, zusammensetzen dürfen.

Die §§ 53 ff GenG setzen daher die Existenz einer eingetragenen Gen voraus.

12. Verschmelzung und Umwandlung der Genossenschaft.

Die Vorschriften über die Umwandlung einer eGmbH in eine eGmbH und umgekehrt (§§ 143, 144 GenG) werden durch die Gründungsvorschriften ausgeschlossen. Im Gründungsstadium stellt sich nämlich die Umwandlung als einfache Satzungsänderung dar. Mithin brauchen auch die Bestimmungen der §§ 22, 145 GenG nicht beachtet zu werden.

Ebensowenig kommt eine Verschmelzung von Gründungs-Gen nach § 93 a ff GenG in Betracht, denn diese ist ohne Mitwirkung des Registergerichts nicht möglich (§§ 93 d, 93 e GenG).

13. Die Schlußbestimmungen des GenG.

Von den §§ 156 ff GenG setzen die §§ 156, 158 GenG eine eingetragene Gen voraus. § 156 bezieht sich auf die Einsichtnahme ins Genossenschaftsregister entsprechend § 9 HGB und auf die Bekanntmachung von Eintragungen in das Register; während § 158 GenG bestimmt, daß die Eintragung des Austritts, der Ausschließung oder des Todes eines Genossen vom Registergericht dem Gericht einer jeden Zweigniederlassung zur Berichtigung der dort geführten Liste der Genossen mitzuteilen ist.

14. Zusammenfassung.

Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchungen läßt sich nunmehr feststellen: von dem Recht der Genossenschaft - dem GenG - setzen die Vorschriften der §§ 16 Abs. II, III, IV, 17, 22, 23, 26 Abs. II, 28, 29, 53 bis 72, 79 a, 80, 82, 84, 85, 86, 93 a bis 93 r, 94, 95, 96, 97 Abs. I, II, 132, 133, 133 a, 137 Abs. III, 143, 144, 145, 156, 158 GenG die Rechtsfähigkeit oder die Eintragung voraus.

Von den Vorschriften des GmbHG setzen die §§ 13, 15 Abs. I, 1. Teil, Abs. II, 16, 17, 33, 34, 39, 40, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 Abs. I, Ziff. 2 und 3, 61, 65, 67, 68, 75, 76, 77 Abs. I und II, 82 Abs. I Ziff. 2 GmbHG die Rechtsfähigkeit bzw. die Eintragung voraus.

Ferner hat sich ergeben, daß der grundlegende Unterschied zwischen GmbH und eingetragener Gen, der auf der Ausgestaltung als Kapital- bzw. Personalverband beruht, nicht zu verschiedenen Ergebnissen führt, daß also die Anwendung des GmbH- und des GenG auf die Gründungsgesellschaft insofern ein allgemein für die juristischen Personen des Handelsrechts gültiger Gedanke ist, dem die unterschiedliche Struktur derselben keinen Abbruch tun kann.

Lebenslauf.

Am 2.1.1941 wurde ich als erster Sohn des Rechtsanwaltes Dr. iur. Karl-Ludwig Kempermann und seiner Ehefrau Therese, geb. Schüler, zu Berlin geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Mein Vater ist seit Januar 1943 in Rußland vermißt. 1947 wurde ich in Witten-Ruhr eingeschult. Ab 1951 besuchte ich das altsprachliche Mauritiusgymnasium in Büren (Westfalen). Am 15.3.1960 legte ich dort die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar in Freiburg (3 Semester), Grenoble (1 Semester) und Münster (4 Semester). Am 18.7.1964 bestand ich das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfamt beim OLG Hamm. Daraufhin begann ich mit meiner Dissertation. Am 15.3.1966 trat ich in den Vorbereitungsdienst ein. Am 10.10.1968 bestand ich das zweite juristische Staatsexamen vor dem Landesjustizprüfamt Nordrhein-Westfalen.

